

Contratación Pública y Sustentabilidad

Carlos Enrique Delpiazzo Rodríguez*

Resumen:

Actualmente, podemos afirmar que el medio ambiente es uno de los temas más importantes a tratar, siendo que su incidencia es cada vez más valorada por la sociedad.

En ese sentido, en el presente artículo se aborda el concepto y función que cumpliría en nuestra sociedad la figura de la contratación sostenible. Al respecto, el autor considera que la misma implicaría un debido balance entre la generación de riqueza y el bienestar social. Por lo tanto, la figura estudiada va más allá de la variación de palabras, sino que implica un cambio en la perspectiva que debe ser analizada a la luz de los principios que rigen el derecho.

Palabras clave:

Medio Ambiente – Eficiencia Energética – Ética – Sustentabilidad – Derecho Positivo – Contratación Pública

Abstract:

Currently, we can say that the environment is one of the most important topics, being that its incidence is increasingly valued by society.

In that sense, in this article we study the figure of sustainable procurement. In this regard, the author believes that it would imply a due balance between wealth creation and social welfare.

Therefore, the figure study goes beyond the change of words, but involves a change in perspective that should be analyzed in the light of the principles governing the law.

Keywords:

Environment – Energy Efficiency – Ethics – Sustainability – Positive Law – Government Procurement

Sumario:

1. Introducción – 2. Tutela del ambiente – 3. Fomento de la eficiencia energética – 4. Aspectos sociales de la sustentabilidad contractual – 5. Revalorización de la ética pública en la sustentabilidad contractual – 6. Conclusión

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Autor de 66 libros y más de 400 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador y Vicepresidente para América del Sur de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1. Introducción

La evolución moderna de la contratación del sector público está pautada por grandes transformaciones¹ que permiten distinguir diversas etapas² e incluso distintas denominaciones para singularizar a cada una de ellas.

En tal sentido, antes de ahora he señalado que la expresión «contratación pública» es conceptualmente más abarcativa que la anterior de «contratación administrativa», aunque muchas veces ambas se usen como sinónimas³.

Pero, a su vez, la noción de contratación pública, signada por un criterio funcional⁴, no puede considerarse estática sino que también ha venido mutando en los últimos años al influjo de las nuevas tecnologías de la informática y las comunicaciones⁵ y de la creciente conciencia de que la satisfacción de necesidades actuales no puede comprometer la capacidad de las generaciones futuras de cubrir sus propios requerimientos⁶.

Emerge así lo que ha dado en llamarse «contratación sostenible» o «contratación sustentable», enmarcada en una concepción según la cual el modelo económico debe ser capaz de generar riqueza y bienestar, al mismo tiempo que no comprometer el medio ambiente y promover la cohesión social, preocupándose por los problemas del mediano y largo plazo y no sólo por las exigencias del hoy y el ahora.

En tal sentido, tras un primer momento en que comenzó a hablarse de «contratación pública verde» para designar las estrategias de articulación entre el instrumento contractual y el respeto al medio ambiente, rápidamente se migró hacia la más amplia noción de «contratación pública sostenible» para abarcar no sólo aspectos ambientales sino también sociales y éticos⁷.

Así, puede decirse que la contratación pública sostenible consiste en la integración de aspectos ambientales, sociales y éticos en la preparación y ejecución de los contratos que celebran los organismos del sector público. A la breve consideración de ellos se dedicarán los párrafos siguientes, haciéndolo en cada caso desde una perspectiva conceptual y de Derecho positivo.

2. Tutela del ambiente

2.1 Enfoque conceptual

Hoy es valor unánimemente aceptado que la protección del medio ambiente es un cometido esencial del Estado de nueva generación, determinado por la concientización –que Máximo Severo GIANNINI llama «convicción difusa»⁸– de la importancia de preservar los recursos naturales que la propia humanidad ha puesto en peligro, principalmente a través de un desarrollo económico incontrolado (contaminación, vertidos, ruidos, malos olores, cambio climático y otras consecuencias) menoscabante de las condiciones de vida.

Sin que éste sea el lugar para definir el medio ambiente, el concepto puede reconducirse al entorno vital natural o conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos (básicamente aire, tierra y agua) y los procesos biológicos ligados a ello. Desde esta perspectiva, el medio ambiente estaría constituido por los recursos naturales (aire, suelo, agua, flora, fauna y costas), así como las relaciones que entre ellos se generan (clima, paisaje y espacios naturales).

Al presente, la protección del medio ambiente ha devenido un cometido esencial del Estado contemporáneo como consecuencia de la intensidad de su presencia y de los poderes jurídicos atribuidos en la materia, lo cual no inhibe la actuación –incluso debida– de otros agentes al respecto, pero se diferencia claramente de

- 1 Carlos E. DELPIAZZO – «Derecho Administrativo General» (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 373 y sigtes.; «Estado actual de la contratación administrativa», en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2000), Nº 17, pág. 111 y sigtes.; y «Caracteres e innovaciones en la contratación administrativa», en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Curitiba, 2003), Nº 13, pág. 97 y sigtes.
- 2 Carlos E. DELPIAZZO – «Los tres tránsitos de la contratación pública», en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2013), Nº 44, pág. 59 y sigtes.
- 3 Carlos E. DELPIAZZO – «Sujetos de la contratación pública», en A.A.V.V. – «Contratación Pública» (Adrus, Arequipa, 2013), volumen 2, pág. 725 y sigtes.
- 4 Carlos E. DELPIAZZO – «Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública», en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – «Nuevos aspectos de las relaciones administrativas» (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 337 y sigtes.
- 5 Carlos E. DELPIAZZO – «El e-procurement el nuevo rostro de la contratación administrativa», en anuario «Derecho Informático» (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 311 y sigtes.; «Acerca de la contratación administrativa electrónica», en Rev. Peruana de Derecho Administrativo Económico (Lima, 2006), Nº 1, pág. 153 y sigtes.; y «Contratos públicos y contratación electrónica», en A.A.V.V. – «La contratación administrativa en España e Iberoamérica» (Cameron May, Londres, 2008), pág. 767 y sigtes.
- 6 José Luis VILLEGAS MORENO – «Derecho Administrativo Ambiental» (Sin Límite, Mérida, 2009), pág. 29.
- 7 Ernesto JINESTA – «Modernización de la contratación pública en el entorno iberoamericano: la contratación pública ecológica», en A.A.V.V. – «Contratación Pública» (Adrus, Arequipa, 2013), volumen 1, pág. 545 y sigtes.
- 8 Máximo Severo GIANNINI – «Ambiente: Saggio suoi diversi aspetti giuridici», en Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico, Año 1973, pág. 15 y sigtes.

ella por la inherencia a su condición de gestor privilegiado del interés público comprometido en la defensa de bienes primordialmente colectivos y no patrimoniales⁹.

2.2 Enfoque de Derecho positivo

Con carácter general, sin perjuicio de otros antecedentes, la tutela del medio ambiente adquirió carta de ciudadanía en una norma de máximo rango normativo en el *art. 47 de la Constitución* (resultante de la reforma de 1997), a cuyo tenor «La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones a los transgresores»¹⁰.

En cumplimiento del mandato constitucional, el art. 1º de la *ley N° 17.283 de 28 de noviembre de 2000* declaró «de interés general, de conformidad con lo establecido en el art. 47 de la Constitución de la República:

- a) La protección del ambiente, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje.
- b) La conservación de la diversidad biológica y de la configuración y estructura de la costa.
- c) La reducción y el adecuado manejo de las sustancias tóxicas o peligrosas y de los desechos cualquiera sea su tipo.
- d) La prevención, eliminación, mitigación y la compensación de los impactos ambientales negativos.
- e) La protección de los recursos ambientales compartidos y de los ubicados fuera de las zonas sometidas a jurisdicciones nacionales. La cooperación ambiental regional e internacional y la participación en la solución de los problemas ambientales globales.
- f) La formulación, instrumentación y aplicación de la política nacional ambiental y de desarrollo sostenible».
- g) Complementariamente, el art. 3º, inc. 2º de la misma ley agregó: «Declárase por vía interpretativa que, a efectos de lo establecido en el art. 47 de la Constitución de la República

y en la presente disposición, se consideran actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en la presente ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el art. 1º. Asimismo, se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente».

En el caso específico de la contratación pública, corresponde señalar en primer lugar que todos los contratos que tienen por objeto obras o infraestructuras están alcanzados por la *ley N° 16.466 de 19 de enero de 1994*, que impone la evaluación ambiental previa a través un procedimiento administrativo tendiente a determinar los efectos (impactos) que una determinada actividad u obra puede tener sobre el medio ambiente, con el objetivo de decidir acerca de la conveniencia o mejor forma de llevarla adelante¹¹.

De acuerdo al art. 1º de dicha ley, se declara de interés nacional «la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo», el cual se define en el art. 2º como: «toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen:

- a) La salud, seguridad o calidad de vida de la población;
- b) Las condiciones estéticas, culturales o sanitarias del medio; y
- c) La configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales».

Consecuentemente, la ley sujeta a un conjunto de actividades y obras públicas y privadas que enuncia (no taxativamente) en el art. 6º a la obtención de un acto de autorización previa del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (art. 7º), la que será otorgada o denegada según no provoque o sí lo haga un impacto ambiental negativo o nocivo superior a los mínimos admisibles (art. 16).

En segundo lugar, cabe hacer referencia al *art. 45 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008*, incorporado como art. 61 del Texto Ordenado de Contabilidad

9 Carlos E. DELPIAZZO – «Derecho Administrativo Especial» (A.M.F., Montevideo, 2009), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 415 y sigtes.

10 Héctor GROS ESPIELL - «La protección del medio ambiente en el Derecho Constitucional», en A.A.V.V. - «Reforma Constitucional 1997» (UCUDAL, Montevideo, 1997), pág. 53 y sigtes.; y Marcelo J. COUSILLAS - «La protección constitucional del ambiente», en A.A.V.V. - «Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996» (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 139 y sigtes.

11 Carlos E. DELPIAZZO – «Derecho Administrativo Especial» cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 436 y sigtes.

y Administración Financiera (TOCAF) aprobado por el Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012¹², en virtud del cual se comete al Poder Ejecutivo reglamentar el otorgamiento en las compras públicas «de márgenes de preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por productores o proveedores de cualquier nacionalidad, siempre que cumplan con normas o certificaciones de calidad, de seguridad, medio ambientales o de cualquier otro tipo, que se entiendan necesarios y adecuados para estimular la presentación de mejores ofertas».

En tercer lugar, el art. 23 de la ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011 (art. 152 del TOCAF) dispone que «El Poder Ejecutivo reglamentará las políticas, bases y lineamientos de los aspectos de sustentabilidad ambiental que deberán observarse en las contrataciones de bienes, obras y servicios con el objeto de optimizar y utilizar de forma sustentable los recursos para disminuir costos ambientales».

Consecuentemente, el factor medio ambiental en la contratación pública deberá estar presente en la determinación de las necesidades públicas, la definición del objeto contractual, las especificaciones técnicas, los requisitos de las ofertas, los criterios de admisibilidad, selección y adjudicación, y en el clausulado para la ejecución contractual.

3. Fomento de la eficiencia energética

3.1 Enfoque conceptual

Como bien se ha destacado, la contratación pública ecológica debe tomar en cuenta el «costo del ciclo de vida» del objeto del contrato como elemento más relevante que el precio.

En efecto, es preferible adquirir un bien que tenga una vida útil prolongada, que sea reutilizable o reciclable, que sea energéticamente eficiente o que utilice energías renovables a un mayor costo, que otro producto que cueste menos pero que tiene una vida útil más corta, no es susceptible de ser reutilizado o reciclado, o es menos eficiente desde el punto de vista de la energía que consume¹³.

Bajo esta perspectiva, adquiere suma relevancia la promoción de la eficiencia energética a través de la optimización del consumo de energía,

la disminución de las emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero mediante la realización de contratos públicos que contemplen el uso racional de energía, el control de equipos e instalaciones, y la incorporación de tecnologías amigables con el ambiente.

Como toda actividad administrativa de fomento, consiste en la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción¹⁴.

Se trata de una actividad que puede concretarse en una idea positiva y en una idea negativa: desde el punto de vista positivo, se promueven determinadas actividades porque se consideran más valiosas que otras en función de las políticas trazadas; y desde el punto de vista negativo, se persiguen fines públicos sin emplear la coacción¹⁵.

3.2 Enfoque de Derecho positivo

Con carácter general, el art. 1° de la ley N° 18.597 de 21 de setiembre de 2009 proclamó «de interés nacional el uso eficiente de la energía con el propósito de contribuir con la competitividad de la economía nacional, el desarrollo sostenible del país y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los términos establecidos por el Convenio Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático, aprobado por la ley N° 16.517 de 22 de julio de 1994».

A tal efecto, se define como uso eficiente de energía «a todos los cambios que resulten en una disminución económicamente conveniente de la cantidad de energía necesaria para producir una unidad de producto o para satisfacer los requerimientos energéticos de los servicios que requieren las personas, asegurando un igual o superior nivel de calidad y una disminución de los impactos ambientales negativos cuyo alcance abarca la generación, transmisión, distribución y consumo de energía», así como «la sustitución en el uso final por parte de los usuarios de energía de las fuentes energéticas tradicionales por fuentes de energía renovables no convencionales que permitan la diversificación de la matriz energética y la reducción de emisiones de gases contaminantes» (art. 2°, lit. A).

12 Carlos E. DELPIAZZO - «A propósito del tercer TOCAF», en La Justicia Uruguaya, tomo 146, sección Doctrina, pág. 3 y sigtes.; y «Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera» (F.C.U., Montevideo, 2012), novena edición actualizada, pág. 13 y sigtes.

13 Ernesto JINESTA - «Modernización de la contratación pública en el entorno iberoamericano: la contratación pública ecológica» cit., pág. 548.

14 Luis JORDANA DE POZAS - «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», en Rev. de Estudios Políticos (Madrid, 1949), N° 48, pág. 484 y sigtes.; y Mariano BAENA DEL ALCAZAR - «Sobre el concepto de fomento», en Rev. de Administración Pública (Madrid, 1967), N° 54, pág. 52 y sigtes.

15 José Roberto DROMI - «Derecho Administrativo Económico» (Astrea, Buenos Aires, 1985), tomo II, pág. 135 y sigtes.

A su vez, se contempla la elaboración de un Plan Nacional de Eficiencia Energética con un horizonte de 15 años, el cual incluye los siguientes aspectos principales (art. 4º):

- a) mecanismos que garanticen la disponibilidad de información veraz al consumidor en relación al consumo energético de los equipos, artefactos y vehículos que requieren suministro de energía para su funcionamiento;
- b) planes de desarrollo, promoción y educación en el uso eficiente de energía incluyendo las metas correspondientes, así como la investigación y el desarrollo de tecnologías nacionales en áreas del conocimiento que contribuyan a un uso eficiente de energía;
- c) mecanismos que aseguren el uso eficiente de energía en las instalaciones de la Administración Central y de las entidades públicas en general;
- d) plan de incorporación de equipos consumidores de energía al sistema de etiquetado acreditante del desempeño energético;
- e) metas de niveles máximos de consumo de energía o mínimos de eficiencia energética;
- f) criterios de ponderación del ahorro de energía para la emisión de certificados de ahorro de energía;
- g) criterios para caracterizar un proyecto como de uso eficiente de energía; y
- h) metas de energía evitada por períodos para el cumplimiento de la meta general del período.

En el caso específico de la contratación pública, dicha ley incorpora dos disposiciones al capítulo «De los Contratos del Estado» del mencionado TOCAF.

En primer lugar, el *art. 25 de la ley N° 18.597* (art. 33, num. 26 del TOCAF) habilita la contratación directa o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, de «los contratos con empresas de servicios energéticos públicas o privadas que se encuentren registradas en el Ministerio de Industria, Energía y Minería y que se desarrollen bajo el esquema de Contratos Remunerados por Desempeño, en los cuales la inversión sea financiada íntegra o parcialmente por la empresa de servicios energéticos».

En segundo lugar, en virtud del *art. 26 de la ley N° 18.957* (art. 79 del TOCAF) se dispone que «En aquellas contrataciones públicas que tengan por objeto la adquisición de equipamiento intensivo en el uso de energía, la Administración Central, las Administraciones Municipales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados deberán considerar, en la evaluación de las propuestas, el costo asociado al ciclo de vida de los productos, contemplando a tales efectos no sólo el costo directo asociado a la provisión de los equipamientos, sino también el costo asociado a la operación durante su vida útil y los costos asociados a su disposición final», cometiendo a la reglamentación especificar «la fórmula de cálculo para cuantificar el beneficio».

En tercer lugar, según el *art. 59 de la ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011*, «Los Incisos del Presupuesto Nacional que celebren contratos remunerados por desempeño con empresas de servicios energéticos registradas en el Ministerio de Industria, Energía y Minería, podrán disponer para el pago de los mismos, de hasta el cien por ciento de los ahorros generados en el consumo del suministro objeto del contrato. Dichos ahorros efectivos podrán ser utilizados en el ejercicio en que se producen o en el ejercicio siguiente, hasta la finalización del pago del contrato celebrado».

4. Aspectos sociales de la sustentabilidad contractual

4.1 Enfoque conceptual

Como ya quedó dicho, si bien inicialmente la contratación pública sostenible se identificó con la contratación ecológica o verde, al presente el concepto de sustentabilidad comprende también aspectos sociales.

En efecto, actualmente constituye un capítulo fundamental del tema bajo análisis, el fomento y regulación de las denominadas «compras públicas sociales», incluyendo normas y buenas prácticas relativas a la inserción laboral de colectivos desfavorecidos, a la atención de los discapacitados, a la promoción del comercio justo y la responsabilidad social empresarial, a la procura de la calidad del empleo y cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, al fomento de las pequeñas y medianas empresas, y a la promoción de la solidaridad¹⁶.

El fundamento que sustenta esta nueva etapa es la comprobación de que los contratos públicos

16 FORO DE CONSUMO DE NAVARRA – «Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales» (Ideas, Navarra, s/f), pág. 17 y sigtes.

no constituyen exclusivamente un modo de abastecerse de las materias primas o servicios en las condiciones más ventajosas sino que son un instrumento privilegiado para la realización de las políticas públicas y, en tal sentido, deben considerarse los impactos de sustentabilidad involucrados¹⁷.

Significa que, tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución de los contratos públicos, se deberá atender no sólo a aspectos tales como la tutela del medio ambiente y el fomento de la eficiencia energética, sino también a la promoción de las pequeñas y medianas empresas, el aseguramiento de adecuadas condiciones laborales, la protección de los discapacitados y la lucha contra la corrupción, entre otros.

4.2 Enfoque de Derecho positivo

Con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico ha ido incorporando a la legislación diferentes disposiciones aisladas o incorporadas en leyes destinadas a la atención de ciertos colectivos (como, por ejemplo, los jóvenes, los liberados y los discapacitados) o a la promoción de determinadas empresas en atención a su tamaño y proyección (como es el caso de las micro, pequeñas y medianas)¹⁸.

Con respecto a estas últimas, en virtud de la *ley N° 16.201 de 13 de agosto de 2001*, «Declárense de interés nacional la promoción, desarrollo y tecnificación de las micro, pequeñas y medianas empresas con el objetivo de propender a su descentralización geográfica, al aumento de la productividad de sus recursos y a la generación de empleos en todo el territorio de la República» (art. 1°). Agrega el art. 5° que «el Poder Ejecutivo establecerá la definición de micro, pequeñas y medianas empresas, conforme a la realidad socio económica del país y a las recomendaciones nacionales e internacionales, teniendo en cuenta, entre otras variables, el capital invertido y la mano de obra empleada».

En cumplimiento de dicho encargo, el art. 8° del Decreto N° 54/992 de 7 de febrero de 1992, modificado por el art. 1° del Decreto N° 266/995 de 19 de julio de 1995 y con el texto dado por el art. 1° del Decreto N° 504/007 de 20 de diciembre de 2007, aporta la siguiente categorización¹⁹:

a) *microempresas* son las que ocupan no más de 4 personas y cuyas ventas anuales excluido el

IVA no superan el equivalente a 2.000.000 de Unidades Indexadas (aproximadamente U\$S 250.000);

b) *pequeñas empresas* son las que ocupan no más de 19 personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA no superan el equivalente a 10.000.000 de Unidades Indexadas (aproximadamente U\$S 1.200.000); y

c) *medianas empresas* son las que ocupan no más de 99 personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA no superan el equivalente a 75.000.000 de Unidades Indexadas (aproximadamente U\$S 9.200.000).

Respecto a dichas empresas, el art. 305 de la *ley N° 16.170 de 28 de diciembre de 1990*, complementado por el art. 3° de la citada *ley N° 16.201* y sus reglamentaciones, pone a cargo de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME), dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Minería, las siguientes acciones:

a) coordinar todas las actividades de fomento que se desarrollen en el país a su respecto;

b) promover el desarrollo de actividades de capacitación y formación de pequeños y medianos empresarios, con el objetivo de fortalecer su organización y gestión empresarial, así como facilitar el acceso a todo tipo de información necesaria para la creación y desarrollo de empresas;

c) realizar diagnósticos sectoriales a los efectos de individualizar aquellos sectores cuyas respuestas sean más rápidas y eficientes, a fin de proceder a su tecnificación y modernizar su gestión empresarial; y

d) facilitar la realización de los trámites administrativos que requiera la instalación y el funcionamiento de las empresas, asesorando a los empresarios y procurando la simplificación y adecuación de aquéllos a las reales posibilidades de éstas.

En el caso específico de la contratación pública, son varias las disposiciones que pueden citarse en tal sentido.

En primer lugar, al tenor del art. 43 de la *ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008* (art. 59 del TOCAF),

17 José María GIMENO FELIU – «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española» (Civitas, Madrid, 2006), pág. 17.

18 Carlos E. DELPIAZZO – «Derecho Administrativo Especial» cit, volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, págs.139 y sigtes., 668 y sigtes., y 706 y sigtes.

19 Carlos E. DELPIAZZO – «Panorama general de incentivos a la inversión privada», en La Ley on line.

se crea el «Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, en cuyo marco podrán emplearse regímenes y procedimientos de contratación especiales, adecuados a los objetivos de desarrollar proveedores nacionales, en particular micro, pequeñas y medianas empresas y pequeños productores agropecuarios y de estimular el desarrollo científico tecnológico y la innovación».

En segundo lugar, el *art. 44 de dicha ley N° 18.362* (art. 60 del TOCAF) prevé que el referido Programa de Contratación Pública para el Desarrollo incluirá, entre otros, los siguientes Subprogramas:

- a) de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas;
- b) de Contratación Pública para el Desarrollo de Pequeños Productores Agropecuarios; y
- c) de Contratación Pública para el Desarrollo de Científico Tecnológico y la Innovación.

En tercer lugar, en virtud del *art. 136 de la ley N° 18.046 de 24 de octubre de 2006*, modificado por el art. 198 de la ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007, con la redacción dada por el art. 46 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008, se dispuso que «En las contrataciones y adquisiciones realizadas por Poderes del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Gobiernos Departamentales y otros organismos públicos, se otorgará prioridad a los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por micro, pequeñas y medianas empresas, definidas éstas según criterios establecidos por el Poder Ejecutivo, excepto para aquellas áreas del sector público que están en competencia directa (inc. 1°)²⁰.

Dicha norma, reglamentada por el Decreto N° 800/008 de 29 de diciembre de 2008, agrega que los porcentajes de prioridad serán los siguientes (inc. 2°):

- a) 20% (veinte por ciento) sobre el porcentaje de integración nacional, a aplicar a una oferta de micro, pequeñas y medianas empresas siempre que exista al menos una oferta que no califique como nacional; y
- b) 10% (diez por ciento) sobre el porcentaje de integración nacional, a aplicar a una oferta de micro, pequeñas y medianas empresas cuando todas las demás ofertas califiquen como nacionales.

Dicha prioridad únicamente resultará aplicable cuando los bienes ofertados por micro, pequeñas

y medianas empresas contengan un porcentaje de integración nacional no menor al 30% (treinta por ciento) y provoque un cambio de partida en la clasificación arancelaria en igualdad de condiciones con la mejor oferta realizada (inc. 3°).

En el caso de las obras públicas y servicios, el Poder Ejecutivo definirá los requisitos exigibles (inc. 4°).

El Ministerio de Industria, Energía y Minería, a través de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas, coordinará acciones en todo el territorio nacional a los efectos del cumplimiento de estas disposiciones (inc. 5°).

En cuarto lugar, en materia de derechos de los trabajadores, el *Decreto N° 475/005 de 14 de noviembre de 2005*, invocando el Convenio Internacional del Trabajo N° 94 ratificado por la ley N° 12.030 de 10 de diciembre de 1953, dispuso que «En los pliegos de condiciones generales o especiales relativos a la contratación de empresas para prestar servicios al Estado (limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc.), deberán incluirse cláusulas que garanticen a los trabajadores de esas empresas: a) los salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo de acuerdo a las leyes, laudos y/o convenios colectivos vigentes para dichas ramas de actividad; b) que se cumpla con las normas de seguridad e higiene que correspondan; y c) que se viertan los aportes y contribuciones de seguridad social al Banco de Previsión Social» (art. 1°).

En quinto lugar, también en materia de derechos de los trabajadores, según la *ley N° 18.098 de 12 de enero de 2007*, «Toda vez que la Administración Central, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los arts. 220 y 221 de la Constitución de la República, los órganos departamentales y las personas públicas no estatales contraten la ejecución de servicios a su cargo con terceros, en los pliegos de bases y condiciones particulares se deberá establecer que la retribución de los trabajadores de la empresa adjudicataria, asignados al cumplimiento de dichas tareas, deberá respetar los laudos salariales establecidos por los Consejos de Salarios» (art. 1°).

En sexto lugar, en la misma línea de las disposiciones anteriores, al tenor del *art. 1° de la ley N° 18.099 de 24 de enero de 2007*, se dispuso que «Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima

20 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO – «Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración» (La Ley Uruguay, Montevideo, 2013), tomo I, pág. 270.

de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y de las sanciones y recuperos que se adeuden al banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores» (inc. 1º). «El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los Organismos comprendidos en los arts. 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales, y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley» (inc. 2º).

En séptimo lugar, a fin de contemplar el trabajo de los liberados tras haber cumplido penas privativas de libertad, en virtud del *art. 14 de la ley N° 17.897 de 14 de setiembre de 2005*, se estableció lo siguiente: «Inclúyese en todos los pliegos de licitaciones de obras y servicios públicos, la obligatoriedad del o de los empresarios contratantes, de inscribir en las planillas de trabajo un mínimo equivalente al 5 % del personal afectado a tareas de peones o similares, a personas liberadas que se encuentren registradas en la Bolsa de Trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados» (inc. 1º). «Asimismo, el Poder Ejecutivo podrá establecer un sistema de bonificaciones para aquellas empresas que inscriban liberados registrados en la Bolsa de Trabajo referida, por encima del 5 % estipulado precedentemente» (inc. 2º).

En octavo lugar, respecto a los discapacitados²¹, conforme al *art. 71 de la ley N° 18.651 de 19 de febrero de 2010*, «En todos aquellos pliegos de licitación para la construcción de edificios públicos por parte de organismos del Estado, Gobiernos Departamentales y personas públicas no estatales, deberá disponerse de una cláusula que establezca la obligatoriedad de aplicar las normas técnicas a las que hace referencia la presente ley [que trata de la protección integral de las personas con discapacidad]. El incumplimiento de esta norma traerá aparejado la nulidad de los mismos».

En noveno lugar, complementariamente, la *ley N° 19.159 de 25 de octubre de 2013* regula los denominados Talleres de Producción Protegida, considerando tales a las organizaciones sin fines de lucro que produzcan bienes o presten servicios con el objetivo de capacitar y ocupar laboralmente a

personas con discapacidad que no estén, en forma transitoria o permanente, en situación de integrarse al mercado laboral abierto. Dicha ley contiene dos previsiones relativas a los contratos públicos.

Por una parte, su art. 9º prevé que «En los procedimientos competitivos de contratación de adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios que otorguen las Administraciones públicas, se dará preferencia a la producida por los Talleres de Producción Protegida», añadiendo que «Los criterios de preferencia podrán ser cualitativos, cuantitativos o mixtos y deberán establecerse con toda precisión en el pliego particular de condiciones respectivo».

Por otra parte, el art. 10 de la misma ley autoriza la contratación directa «para adquirir bienes o contratar servicios cuya producción o suministro esté a cargo de un Taller de Producción Protegida, debidamente acreditado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hasta el monto establecido para la licitación abreviada».

5. Revalorización de la ética pública en la sustentabilidad contractual

5.1 Enfoque conceptual

En lo que antes de ahora he calificado como «juridización de la ética pública»²², nuestro Derecho positivo ha plasmado en normas de diverso rango reglas tendientes a cuidar el recto ejercicio de la función pública.

Precisamente, al Derecho Administrativo como garante de la ética pública²³, le corresponde velar por el desempeño ético de los agentes de la función administrativa²⁴, tanto en el momento de acceder al mismo, como durante su desarrollo, y aún después de su cese.

Se trata de «regenerar la vida pública» no limitándose a la reacción frente a la corrupción sino garantizando la vigencia y realización de todos los valores éticos en el ámbito de la Administración, fundados en la naturaleza trascendente de la persona y en el carácter servicial de la Administración ya que, «en definitiva, es la dignidad humana la que marcará las pautas de conducta. Dignidad en el administrador y en

21 Carlos E. DELPIAZZO - «Tutela estatal de menores, discapacitados y adultos mayores», en AIDA - Rev. de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (México, 2007), Año 1, N° 2, pág. 53 y sigtes.

22 Carlos E. DELPIAZZO - «Juridización de la ética pública», en Rev. lus Publicum (Santiago de Chile, 2005), N° 15, y en «Derecho Administrativo General» cit., volumen 1, pág. 77 y sigtes., y «Juridización de la ética pública. A propósito del Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003», en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año III (2004), N° 6, pág. 7 y sigtes.

23 Carlos E. DELPIAZZO - «El Derecho Administrativo como garante de la ética pública», en Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho (Buenos Aires, 27 de abril de 2011), Año XLIX, N° 12.737, pág. 1 y sigtes.

24 Carlos E. DELPIAZZO - «Ética no exercício da função administrativa», en Rev. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal (Curitiba, 2001), N° 5, pág. 420 y sigtes.; y «Ética en el ejercicio de la función administrativa», en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2003), N° 3, pág. 27 y sigtes.

el administrado, en el que realiza las funciones administrativas y en su destinatario»²⁵.

Evidentemente, siendo el de la contratación pública un campo de amplio encuentro entre operadores públicos y privados, el comportamiento ético de ambos adquiere una dimensión trascendente frente al flagelo de la corrupción.

5.2 Enfoque de Derecho positivo

Con carácter general, sin perjuicio de las normas anticorrupción dictadas tanto desde el ámbito internacional como interno de cada Estado, la revalorización de la ética pública pasa por la aplicación de los principios generales de Derecho, el establecimiento pedagógico de reglas claras de actuación funcional, la difusión de buenas prácticas y el cultivo de las virtudes humanas, sin las cuales no es posible llevar adelante ningún cambio²⁶.

En primer lugar, entre los *principios generales de Derecho* que actúan como soportes primarios del sistema jurídico todo²⁷ y, en particular, del ejercicio de la función administrativa, cabe mencionar los de juridicidad, prevalencia del interés público, transparencia, veracidad, objetividad, imparcialidad, responsabilidad, eficacia, seguridad y buena fe.

En segundo lugar, la explicitación por el Derecho positivo de específicas *reglas de actuación*, que concreten los enunciados principios generales, cumple una indudable función ordenadora y pedagógica²⁸. Entre otras, son reglas de conducta que deben observar quienes desempeñan función pública, las siguientes: servicialidad, probidad, lealtad, ponderación, discreción, obligación de denunciar, autonomía técnica, idoneidad, diligencia, y neutralidad política.

En tercer lugar, las *buenas prácticas* refieren a estándares de comportamiento que tienen un valor complementario de las disposiciones estatutarias sobre deberes funcionales, las cuales deben ser adoptadas por los funcionarios públicos en aspectos tales como: utilización adecuada de los bienes públicos, uso adecuado de la información, facilitación del conocimiento

y la misión, publicidad de los gastos, buen trato, prevención de conflictos de interés, no aceptación de beneficios de ningún tipo, ajuste a normas técnica conocidas, difusión de resultados, y cuidado de la calidad del trabajo.

En cuarto lugar, no es posible una actuación ética de la Administración si sus funcionarios no cultivan las *virtudes humanas* en el desempeño de sus tareas²⁹. En el marco de lo previsto en el art. 8º de la Constitución –a cuyo tenor se proclama el principio de igualdad entre las personas sin reconocer «otra distinción entre ellas sino la de los talentos y las virtudes», es decir, lo que a cada uno viene dado y lo que cada uno construye por sí– cabe señalar, entre otras, las siguientes virtudes requeridas a los funcionarios públicos: prudencia, justicia, fortaleza, templanza, orden, perseverancia, paciencia, optimismo, sinceridad, y solidaridad.

En el caso específico de la contratación pública, además de la adhesión a la Convención Interamericana contra la corrupción y el dictado de normas internas dirigidas a su concreta aplicación³⁰, nuestro Derecho ha consagrado reglas concretas que vale la pena destacar en orden a la jerarquización de la ética pública como capítulo medular de la sustentabilidad contractual.

En primer lugar, en virtud del *Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003*, el Poder Ejecutivo codificó y explicitó una serie de reglas de conducta en la función pública. Conforme al Título I de dicho reglamento, se estableció un pormenorizado conjunto de normas y principios generales en la materia (arts. 1 a 37), mientras que en su Título II se desarrollaron reglas para su aplicación (arts. 38 a 46)³¹.

Del examen de dicho cuerpo normativo se desprende que, al regular determinadas conductas estimadas como buenas (preeminencia del interés público, probidad, buena fe, lealtad, obediencia, respeto, imparcialidad, transparencia, eficacia y eficiencia, motivación de las decisiones, idoneidad y capacitación) y reprimir otras reputadas como malas (implicancias, uso indebido de fondos y bienes públicos y otros comportamientos

25 Jesús GONZALEZ PEREZ – «La ética en la Administración pública» (Civitas, Madrid, 1996), pág. 33.

26 Carlos E. DELPIAZZO – «Transformación del Estado y ética pública», en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2013), N° 13, pág. 78 y sigtes.

27 Carlos E. DELPIAZZO – «Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo», en Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE EPLUFFO, Carlos E. DELPIAZZO y Augusto DURAN MARTINEZ – «Los principios en el Derecho Administrativo uruguayo» (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 47.

28 Carlos E. DELPIAZZO – «Profesionalización de la función pública en Uruguay», en A.A.V.V. – «La profesionalización de la función pública en Iberoamérica» (INAP, Madrid, 2002), pág. 256 y sigtes.

29 Carlos E. DELPIAZZO – «Derecho Administrativo General» cit., volumen 2, pág. 84.

30 Carlos E. DELPIAZZO – «Contratación Administrativa» (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2005), pág. 25 y sigtes.

31 Carlos E. DELPIAZZO – «Juridización de la ética pública. A propósito del Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003», en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año III (2004), N° 6, pág. 7 y sigtes.

prohibidos), se puso el énfasis en el desarrollo de virtudes y en la prevención y castigo de vicios que son su contracara.

En segundo lugar, el art. 659-VI de la ley N° 16.170 de 28 de diciembre de 1990, modificado por el art. 52 de la ley N° 18.834 (art. 149 del TOCAF) explicita los siguientes principios en materia de contratación y, en general, de actuación y control: flexibilidad, publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad, veracidad, transparencia y buena fe³².

Innecesario resulta referirse en detalle a cada uno de ellos –ya lo he hecho antes de ahora³³– para advertir la trascendencia que dichos principios generales tienen en el campo contractual –especialmente los de publicidad y transparencia en materia ética³⁴– cumpliendo todos la cuádruple función directiva, interpretativa, integradora y constructiva del ordenamiento sectorial respectivo.

6. Conclusión

A modo de sintética conclusión, creo que el camino hacia una contratación pública efectivamente sostenible nos ubica en una nueva dimensión de la actividad contractual del sector público.

En efecto, hablar de contratación pública sostenible frente a la contratación administrativa tradicional no encierra tan sólo una cuestión de palabras sino que traduce las importantes transformaciones contemporáneas en la materia.

Frente a esta realidad, el imperativo para el jurista consiste en no apegarse a viejas fórmulas (a las que está acostumbrado o que le resultan cómodas) sino procurar una valoración científica de las mutaciones en curso para explicarlas y encauzarlas. Con propósito analítico y descriptivo, a ello estuvieron dirigidas estas páginas. ☒

32 Carlos E. DELPIAZZO – «Normas y principios de la contratación administrativa» (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 27 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO – «Extensión de los principios generales», en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – «Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública» (U.M., Montevideo, 2012), pág. 43 y sigtes.

33 Carlos E. DELPIAZZO – «Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa», en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XIII, pág. 65 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO – «Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración» cit., tomo I, pág. 225 y sigtes.

34 Carlos E. DELPIAZZO – «De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa», en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y sigtes.; y «Transparencia en la contratación administrativa», en «Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni» (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 129 y sigtes.