
El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal

Sobre las formas previstas de discriminación inversa (no siempre positiva) entre postores

Juan Carlos Morón Urbina

Profesor en el curso de Derecho Administrativo 1 y de Concesiones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional.

*“Todos somos iguales, pero unos
mas iguales que otros”.*
George Orwell

1. Introducción

El presente ensayo tiene por objeto llamar la atención a los interesados acerca de una tendencia progresiva y consistente de nuestra normativa de contrataciones estatales de incorporar de manera asistemática y poco seria, reglas diferenciadoras a favor de grupos de proveedores en desmedro del resto del mercado, y, lo más grave aún, poniendo en riesgo la satisfacción del interés público, que cada adquisición debe satisfacer. En efecto, progresivamente se han instalado en nuestra normativa criterios legales para dar privilegios en las compras estatales a proveedores en función de su nivel de ventas anuales (pequeñas y medianas empresas), la ubicación de sus domicilios legales, de las personas que integran la empresa proveedora, la asunción del compromiso de adquirir bienes en el país, la territorialidad de la actividad productiva, etcétera.

Sin embargo, estas reglas de discriminación incorporadas no responden a estudios serios sobre su viabilidad, consistencia, o conveniencia, y menos

aún, cuentan con mecanismos de seguimiento o evaluación, que permitan visualizar si cumplen con sus objetivos y metas. Por el contrario, el afán demagógico, que ha precedido en su gran mayoría a estas decisiones, permiten entronizar los privilegios como criterios de selección con vocación de permanencia, hasta constituirse en falsos “derechos adquiridos” de los grupos beneficiados.

Debo testimoniar que personalmente creo en la actividad de fomento que el Estado debe cumplir, entre otros roles, y asimismo, en que la contratación estatal es un instrumento útil para la aplicación de políticas públicas. Sin embargo, no comparto la manera en que estas desprolijas técnicas de discriminación se vienen implementando.

2. La posición del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad

A partir de las previsiones constitucionales contenidas en los artículos 2 y 59 de la Carta Política⁽¹⁾, nuestro Tribunal Constitucional ha

(1) El artículo 2, numeral 2 de la Constitución declara: “Toda persona tiene derecho a: A la Igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera índole”. Por su parte, el artículo 59 expresa “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. (...) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

construido su interpretación sobre el alcance y sentido del derecho a la igualdad⁽²⁾, observando -en líneas generales- los estándares internacionales sobre la materia.

Para efecto de una mejor exposición de esta posición interpretativa pasaremos a ordenarla en tres niveles: (i) El contenido esencial de la igualdad como principio y derecho constitucional; (ii) La posibilidad constitucional de la diferenciación legal dentro del derecho a la igualdad (tratamiento diferenciado); y, (iii) La posibilidad constitucional de realizar acciones de discriminación positiva.

2.1. Sobre el contenido esencial de la igualdad como principio y derecho constitucionales

Es lugar común afirmar que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y que es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Esta condición resulta incompatible con cualquier situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o, que, a la inversa, por considerarlo inferior, se le discrimine en el goce de los derechos, aptitudes o posibilidades que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.

Para nuestro Tribunal Constitucional, la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de toda persona.

Como principio constitucional, la igualdad implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal motivo, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Por su parte, la igualdad como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en un

derecho subjetivo obtener un trato igual y evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

En ese sentido, la igualdad es un principio -derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia-. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, nuestro Tribunal presume la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica, entonces, la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable; y, por otro lado, la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

La igualdad garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

En puridad, el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente:

- a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos (igualdad en la ley);
- b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder (igualdad ante la ley).
- c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona).
- d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que

(2) Las sentencias contentivas de la posición del Tribunal sobre este derecho fundamental son las siguientes: expediente 0261-2003-AA/TC; Expediente 010-2002-AI/TC; expediente 018-2003-AI/TC; expediente 0001/0003-2003-AI/TC; y expediente 3533-2003-AA/TC.

restringen de hecho la igualdad entre los hombres (igualdad a través o por la ley).

El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: (i) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y, (ii) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones.

En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato.

Es notorio que existe infracción del principio de igualdad cuando en la formulación o interpretación -aplicación de la ley-, se contempla en forma distinta situaciones, hechos o acontecimientos que son idénticos. Ello con el objeto de discriminar o segmentar política, económica, social o culturalmente a algún o algunos seres humanos.

La quiebra de la noción de igualdad se produce cuando a través del proceso de formulación o interpretación -aplicación de la ley-, esta genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra, por el mero hecho de tales. En síntesis, se consuma a través del establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso⁽³⁾.

2.1. Sobre la constitucionalidad de la diferenciación legal (tratamiento diferenciado) y su compatibilidad con el derecho a la igualdad

Dentro del principio de igualdad no solo se encuentra el mandato de no discriminación, o lo que

es lo mismo, de igualdad para los iguales, sino también el de la desigualdad para los desiguales. Así, se ha aceptado doctrinaria y jurisprudencialmente que el derecho a la igualdad también puede ser afectado por una “discriminación por indiscriminación” o por la “discriminación por indiferenciación”, consistente en la no asignación de tratamientos normativos diferentes a situaciones razonablemente distintas, por lo que es necesario reconocer tratos diferenciados a situaciones fácticas no homologables también.

En este sentido, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio (incompatible con el derecho a la igualdad), porque no toda distinción de trato puede ser considerada ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana. Por el contrario, existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico (por ejemplo, una ley especial en atención a la naturaleza de las cosas), si la distinción en el tratamiento expresa de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, y de la razón, pero sobre todo, no persigan fines arbitrarios, caprichosos o injustos. Son ejemplos de diferenciación legal en materia de contratación estatal, la diferenciación entre postores según sus prohibiciones o incompatibilidades, o la diferenciación de procesos adquisitivos en función de los montos que ellos involucran (licitación, concurso, adquisición directa, etcétera) o en función de la naturaleza del contrato (contratos de consultoría, adquisición de bienes, construcción de obras, concesiones, etcétera).

Por el contrario, una diferenciación normativa implica discriminación, cuando: (i) Exista una diferencia de tratamiento ante situaciones análogas o similares; (ii) La diferencia no tenga una justificación objetiva y razonable; y, (iii) No haya una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.

La vinculación negativa del derecho a la igualdad está referida a la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita

(3) Posición expuesta en el Expediente 0261-2003-AA/TC, ratificado en la Sentencia recaída en el Expediente 018-2003-AI/TC.

la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole.

Respecto a los tratamientos diferenciados que puede asumir el legislador, nuestro Tribunal ha considerado que “que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde”⁽⁴⁾.

Como se ha señalado anteriormente, el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto esta estuviere fundada en una base objetiva, razonable, racional y proporcional.

En cuanto a la base razonable de la diferenciación, el tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente.

La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.

Lo expuesto supone por definición dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables entre sí para determinar la regulación coexistencial y la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas. En ese contexto, se introduce el análisis de la naturaleza de las cosas, lo cual liga distintivamente las relaciones coexistentiales de las personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal.

En ese aspecto, el concepto de naturaleza de las cosas explica que en una relación jurídica pueden existir un determinado orden, peculiaridades y características singulares que en consuno dan sentido y razón de ser a esta. Por ende, en aras de plasmar el mayor grado de justicia posible, es deseable que en un vínculo imperativo atributivo queden claramente delimitados los rasgos esenciales que generan su existencia normativa,

dado que ellos son los que deben condicionar axiológicamente la materia objeto de regulación.

En puridad, dicho orden y rasgos específicos e intransferibles son los que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro.

El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.

Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; y cuando, luego de satisfacer dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. En ese mismo contexto, es igualmente aceptable para el derecho que la pauta basilar de la igualdad esté subordinada al desarrollo pleno de otros principios constitucionales, valorados como de superior jerarquía en específicas y concretas circunstancias.

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto, derivado de la interpretación -aplicación de la ley-, deben ser apreciadas en relación con la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del Derecho.

A mayor abundamiento, la finalidad debe ser concreta, palpable y verificable en sus consecuencias efectivas.

La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando este se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas.

Cabe precisar que la justificación objetiva guarda relación con la existencia real del supuesto normativo y la razonabilidad acredita un vínculo

(4) Considerando 154 de la sentencia recaída en el expediente 010-2002-A/TC. Criterios confirmados en la sentencia recaída en el expediente 3533-2003-AA/TC.

lógico-axiológico con toda la textura normativa. La diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar.

Ahora bien, a lo expuesto debe agregarse la regla de proporcionalidad. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta la armonía y correspondencia en relación con la situación de hecho y la finalidad perseguida. En consecuencia, la diferenciación será válida si demuestra ser proporcional a la situación de hecho y a la finalidad perseguida.

Más aún, a la base objetiva y razonable de la diferenciación debe añadirse la racionalidad. Esta debe ser entendida como la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el trato diferenciado que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se pretende alcanzar.

A manera de colofón, cabe señalar que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite:

- a) La existencia de una norma diferenciadora.
- b) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación (la primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho, es decir, la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro).
- c) Una finalidad específica (la diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados).
- d) Razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
- e) Racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue.
- f) Proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.

La utilización de un valor o principio constitucional distinto al de la igualdad no es suficiente para asignarle legitimidad a un proceso

El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y valores del Derecho.

diferenciador. Ello únicamente es viable cuando se logra demostrar la existencia de una razón suficiente, para solo así otorgarle jerarquía prevalente en función a la naturaleza de las cosas.

Para tal efecto, debe efectuarse una contrastación entre las pautas esenciales en pugna.

A través de la demostración de la existencia de una razón suficiente, la aplicación deferente de un principio constitucional con desmedro del de la igualdad, comportará necesariamente la reducción del campo de aplicación de este último.

Será labor de los entes jurisdiccionales determinar cuándo dicha reducción es proporcional, armoniosa, equilibrada y simétrica a la luz de una interpretación sistémica del texto fundamental. Para tal efecto, deberá tenerse en cuenta la necesaria adecuación entre los medios escogidos para la consecución jurídica del fin trazado, así como la necesidad de su utilización. En ese sentido, debe desvirtuarse la posibilidad de que exista otra manera o forma de alcanzar dicho fin.

La ineludibilidad de la utilización del medio escogido acarrea la oblación del principio de igualdad, el mismo que, en dicho contexto, resulta de menor jerarquía que aquél que se pretende resguardar a través de la diferenciación jurídica.

El trato diferencial no debe sacrificar valores y principios que tengan una mayor relevancia que aquél o aquellos que se intenta sustanciar mediante dicha consecuencia jurídica desemejante. Queda claro, entonces, que la diferenciación jurídica no debe "inmolar" aquellos principios que, en el "espacio" creado por la naturaleza de las cosas, tengan mayor relevancia que los restantes, incluido el relativo al de la igualdad.

Esta actuación del Estado no implicaría vulneración alguna del derecho a la igualdad, pues justamente su pretensión es hacer efectivo este derecho mediante un tratamiento diferente de situaciones fácticas que también son diferentes.

2.3. La constitucionalidad de las acciones de discriminación inversa

Cercanas a la diferenciación, se encuentran un conjunto de medidas estratégicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades mediante la atribución de ventajas a determinadas categorías de personas, respecto de las cuales se ha evidenciado una situación de discriminación que les ha limitado posibilidades de acceso a determinado estatus. Como se puede apreciar, aquí estamos frente a un programa estatal diseñado ex professo para igualar las oportunidades, y no un reconocimiento jurídico de las diferencias reales existentes.

Como bien expresa Ruiz Miguel, “La discriminación inversa es una manifestación extrema -y, por ello, especialmente discutida- de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final”⁽⁵⁾. En tal medida, la discriminación inversa supone la adopción de medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos discriminados, para igualarlos frente a otros grupos. Así tenemos por ejemplo, los subvenciones o ayudas públicas, las exoneraciones fiscales, la reserva de cargos públicos para determinadas minorías.

Como tal, estamos ante un “(...) medio para llevar a cabo una política de promoción de igualdad de oportunidades”⁽⁶⁾.

A diferencia de otras acciones positivas, que son a la larga todas manifestaciones de la incorporación de desigualdades para la igualdad o componentes de una política de promoción de igualdad material, la discriminación inversa se caracteriza por:

a) Fundamentarse para atender a realidades discriminatorias inmodificables y graves, con el objetivo de favorecer a quienes son los tradicionalmente perjudicados.

b) Es aplicada sobre situaciones de especial escasez, y, por tanto de fuerte competitividad para obtener el éxito (puestos de trabajo, cargos públicos, plazas de estudios, viviendas, créditos, etcétera). En tal sentido, el costo de la medida es asumido por el individuo o el grupo discriminado por la medida.

Por ello, la finalidad de la discriminación inversa es, y debe ser, efectivamente conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad, a través de la introducción legal de medidas discriminadoras (pero correctoras). Se trata, pues, de un tema que en la doctrina se conoce con el nombre de “discriminación inversa”, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello, se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización⁽⁷⁾.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la validez constitucional de la discriminación inversa, afirmando que, “(...) debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales. Por tanto, si bien el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; “en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante ‘acciones positivas’ o ‘de discriminación inversa’, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos”⁽⁸⁾.

No obstante este reconocimiento, el Tribunal ha asimilado la discriminación positiva o inversa a la diferenciación legal antes señalada, de tal modo que la hace partícipe de las exigencias comunes para su validez (existencia de distintas situaciones de hecho, una finalidad específica, así como razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad de la medida). Sin embargo, ha omitido considerar algunos de los requisitos de valoración constitucional considerados en la doctrina adicional a los propios de la discriminación por indiferenciación, tales como:

a) La validez de una medida de discriminación inversa depende de la realidad de las circunstancias discriminatorias, esto es, que de facto exista una

(5) RUIZ MIGUEL, Alfonso. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Revista Doxa*. Número 19. 1996. p. 79.

(6) ALEMANY, Macario. *Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad*. En: *Revista Isonomía*. Número 11. Octubre 1999.

(7) Posición expuesta ampliamente en la sentencia recaída en el expediente 0261-2003-AA/TC.

(8) Fundamentos expuestos en la sentencia recaída en los expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC.

situación desigual injusta reprochable constitucionalmente.

b) La búsqueda de la estrategia menos gravosa (en la medida que la discriminación inversa significa hacer asumir a un grupo una discriminación legal).

c) La transitoriedad y reversibilidad de la medida sujeta a monitoreo por la administración (la discriminación positiva debe ser un paliativo temporal contra la discriminación, y mantenerse en tanto los supuestos de hecho subsistan).

d) Incidir en las causas de la discriminación y no en sus resultados (la discriminación positiva será constitucional en tanto y en cuanto, iguale en el punto de partida de las oportunidades a las personas, y no si produce -automáticamente- una prioridad en el punto de llegada en base exclusivamente al factor discriminado)⁽⁹⁾.

La discriminación positiva es una política social dirigida a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, proporcionándoles la oportunidad efectiva de equiparar su situación de mayor desventaja social. El mecanismo de funcionamiento significa la excepción al principio de igual trato, contemplada en el marco legislativo; esto es: tratar desigual lo que de partida tiene una situación desigual.

3. El derecho a la igualdad dentro de los procedimientos de contratación estatal

Como no puede ser de otra manera, el mandato constitucional de la igualdad, también comprende la forma en que la Administración trata a los administrados en la aplicación de la ley. En este orden de ideas, todas las autoridades públicas deben actuar con respecto a los administrados sin ninguna clase de discriminación, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente a los procedimientos que conducen (Ley 27444, artículo IV, numeral 1.5.).

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁾ ha tenido ocasión de pronunciarse en los siguientes términos, respecto a la vinculación de la Administración con el derecho a la igualdad del que gozan todas las personas, al que denomina “derecho de igualdad en la aplicación de la ley”:

“(…) Derecho de igualdad ante la ley y derecho de igualdad en la aplicación de la ley.

2. Aunque se haya alegado la violación del derecho de igualdad ante la ley, lo cierto es que no es tal dimensión clásica del derecho de igualdad la que aquí interesa, a efectos de dilucidar el fondo de la controversia; es decir, el problema que ahora este Tribunal tiene que resolver no versa sobre un tópico en el que el legislador, mediante la ley, haya introducido un tratamiento diferenciado, sin base objetiva y razonable, que pese sobre el recurrente, como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, sino, en realidad, su aplicación en forma diferenciada. Esto es, una eventual violación del “derecho de igualdad en la aplicación de la ley (...)”.

“Independientemente de cualquier consideración relacionada con el respeto de este derecho en el ámbito jurisdiccional, este Tribunal Constitucional considera que, en sede administrativa, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitima. Dicha dimensión del derecho de igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: “Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes” (Sentencia 0016-2002-AI/TC).

Lo expuesto sobre la vinculación de la Administración al derecho a la igualdad, comprende obviamente a los procedimientos licitatorios empleados por las entidades para relacionarse con los interesados, postores, adjudicatorios y posteriormente con los contratistas. Sin embargo, no debe dejar de advertirse que estos procedimientos, se relacionan con el derecho a la igualdad de manera más intrínseca que cualquier otro, puesto que todos

(9) Para una ampliación de estos elementos puede revisarse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Las acciones positivas*. Véase: www.aaba.org.ar/ple104a2.htm.

(10) Sentencia recaída en el expediente 1279-2002-AA/TC.

los mencionados procedimientos concurrenciales hllan su fundamento conceptual precisamente en un intento por resguardar el derecho que poseen los ciudadanos para participar de las actividades públicas, en este caso, como proveedores⁽¹¹⁾.

En efecto, como afirma Marienhoff, mediante el respeto a este principio, puede concebirse a la licitación pública como un instituto saludable para los intereses públicos, y agrega que su falta de observancia desvirtúa los fines de la licitación pública, viciándola jurídicamente⁽¹²⁾. Es más, por el carácter indisoluble de ambos conceptos (igualdad y licitación), es que se puede afirmar que “si el principio de isonomía no es debidamente considerado, no hay licitación pública. Se trata de un elemento infaltable. El irrespeto a la isonomía acarrea automáticamente la desconfiguración del interés público (...) licitación que no es regida de acuerdo con el interés público, pierde ese carácter, tornándose privada”⁽¹³⁾.

Pero el valor igualdad en la contratación estatal se vincula indisolublemente, hasta sustentarlos, con otros dos principios de la contratación: la libre competencia y la moralidad o transparencia administrativa. Por un lado, solo será posible una real confrontación entre los oferentes, cuando se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin discriminaciones o preferencias carentes de base objetiva. Del mismo modo, solo podemos calificar de éticamente reprochable el proceso licitación, si los postores han sido tratados como iguales durante su procesamiento.

A decir de Sayaguez Lazo, resulta uno de los principios consustanciales a toda licitación que “(...) todos los licitantes han de estar colocados en igualdad de condiciones. No puede acordarse preferencia a ningún licitante, porque si no este se encontraría en evidente ventaja frente a los demás.

Por otro lado, la Administración, al examinar y juzgar las propuestas, ha de proceder con imparcialidad, aplicando a todos el mismo criterio, pues si no desaparecería la situación de igualdad en que todos deben encontrarse”⁽¹⁴⁾.

En cuanto al alcance del principio, el tratamiento igualitario que debe dispensar la Administración le exige un comportamiento correcto desde la preparación de los documentos que servirán de bases y términos de referencia, hasta incluso, después de la contratación. Por ello se dice que “(...) debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte”⁽¹⁵⁾.

Las consecuencias principales de la sujeción de los procedimientos de licitación al principio de igualdad, supone de un lado, dispensar un tratamiento igualitario en la licitación pública a todos los postores, y, por el otro, diferenciar al ofertante, exclusivamente en función del mérito de su oferta, esto es que, su propuesta sea la más conveniente para las necesidades objetivas de la entidad. En efecto, como bien afirma Jeze, “No debe existir ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. La igualdad entre los competidores comprende dos aspectos: 1.- Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores; 2.- Debe darse preferencia a quien hace las ofertas mas ventajosas para la Administración”⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾.

Por la primera consecuencia, el tratamiento igualitario a los adquirentes y postores, determina algunas particularidades del proceso:

(11) En la sentencia recaída en el expediente 020-2003-AI/TC se ha dejado establecido que uno de principios constitucionales que subyacen al artículo 76 de la Constitución Política, es el de la igualdad de los postores.

(12) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ta. edición actualizada. Tomo III-A. Buenos Aires, 1994. p. 200.

(13) DE MENEZES NIEBUHR, Joel. *Principio da Isonomia na Licitação Publica*. Brasil: Obra Jurídica, 2000. p. 73.

(14) SAYAGUES LAZO, Enrique. *La Licitación Pública*, Peña & Cia. Impresores. Montevideo. 1940. p. 53.

(15) COMADIRA, Julio. *Licitación Pública (Nociones, Principios, Cuestiones)*. Depalma, 2000. p. 44. Sin embargo, concordamos con el profesor Beltrán Gambier, en el sentido que la exigencia de resguardar la igualdad de los postores, se ve modulada en la fase de ejecución contractual por la potestas variandi de la administración (Véase: BELTRAN GAMBIER. *El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos*. Publicado en el colectivo en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988. pp. 929 y siguientes.

(16) JEZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: Depalma. 1950. p. 99.

(17) Por ello, si bien de ordinario se manifiesta que el tratamiento igualitario esta aplicado a la posición que la entidad dispensa a los administrados dentro de un determinado proceso, también es posible afirmar que la sujeción a la

- a) En la elaboración de los términos de referencia y bases, en general, de tal modo, que estos documentos no contengan elementos discriminatorios o exigencias que solo puedan ser cumplidos por uno o pocos proponentes.
- b) En las absoluciones de consultas, todos tienen la posibilidad de formular sus preguntas y recibir en el mismo plano de igualdad las respuestas de la Administración.
- c) En las modificaciones a las bases, toda alteración debe ser puesta en conocimiento de todos los interesados oportunamente.
- d) En la presentación física de ofertas, de tal modo, que el plazo entre la convocatoria y la presentación de las ofertas les permita cabalmente preparar sus ofertas, y, de otro lado, el acto de presentación física sea común y abierto para todos los interesados, sin admitir posiciones de ventajas de algunos respecto de otros (mejorar, modificar o ampliar ofertas).
- e) En la admisión de las ofertas, de modo que la entidad debe admitir todas las propuestas que cumplan con los requisitos establecidos en las bases, sin descalificaciones arbitrarias, como por ejemplo, por omisiones o defectos irrelevantes que no impiden entender el contenido y alcances de la oferta.
- f) En la evaluación de las ofertas, de modo que la entidad se sujete estricta y uniforme a las bases que han servido de referente al postor para formular su mejor oferta posible, sin modificarlos, alterarlos o completarlos.
- g) En la subsanación de ofertas, de forma tal que todos puedan subsanar los errores intrascendentes de sus ofertas, y que ninguno pueda hacerlo respecto de los errores esenciales que afecten la competitividad.
- h) En la estipulación del contrato adjudicado (que impide por ejemplo, introducir alteraciones al contrato anexo a los términos de referencia, distintas a las estrictamente derivadas de las ofertas, de las aclaraciones y las observaciones, etcétera).
- i) En general, la interpretación restrictiva de cualquier supuesto de diferenciación de postores, que aunque

legalmente admisible, deben ser observado taxativamente para los casos previstos por el legislador para no afectar irrazonablemente el derecho de los demás potenciales postores. Por ejemplo, el acogimiento a la fórmula de la estandarización de bienes o servicios, o la aplicación de causales de exoneración, como los servicios personalísimos, o los bienes que no admiten sustitutos.

En suma, como bien afirma Bercaitz: "El pliego que contiene el llamado no puede crear favoritismo hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas hasta la apertura del acto para evitar que el conocimiento de las presentadas por alguno sirva para reacomodar las del otro competidor; las aclaraciones al pliego deben ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser modificadas por nadie con posterioridad a la apertura del acto. En definitiva, que debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismo que determinarían su nulidad absoluta"⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, del principio de igualdad también deriva la diferenciación razonable, objetiva, proporcional a favor de quien haya presentado la oferta integralmente más conveniente para las necesidades de la Administración. Es la conveniencia de la oferta, el único factor autorizado lógicamente y jurídicamente para diferenciar entre los ofertantes. Por ello, precisamente la entidad establece requisitos mínimos para competir, identifica factores de ponderación, realiza la evaluación, compara las ofertas y finalmente adjudica a la oferta más conveniente. En este sentido, es correcto lo que afirma el profesor colombiano Escobar Gil, cuando afirma que del principio de igualdad deriva "la regla de la adjudicación compulsoria, que consiste en el derecho que le asiste al solicitante que haya formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento concluya con un acto de adjudicación a su favor"⁽¹⁹⁾.

igualdad también aplica respecto al tratamiento dispensado por la propia administración a otros postores en otros procesos de selección. De este modo, la administración no solo afecta al derecho a la igualdad si trata como dispares a los postores de la misma licitación, sino también a algunos o todos los postores de esta licitación, con respecto a otro tratamiento dispensado a los postores en otras licitaciones anteriores o paralelas. Por ejemplo, si en una licitación se admitió asignar puntaje a un determinado tipo de mejoras, y se niega en otra licitación sobre el mismo tipo de bien o servicio.

(18) BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Depalma. 1980. p. 324.

(19) ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Legis. p. 161.

4. La legitimidad de las preferencias legalmente admitidas en la contratación estatal como estrategia de fomento estatal

Dentro del marco de esta conexión entre el derecho a la igualdad y los procesos licitatorios, surgen determinados mecanismos de acciones afirmativas y discriminación inversa dirigidos a crear preferencias para algunos grupos de proveedores. Para poder apreciar ello, previamente quisiéramos exponer la probabilidad que tienen las adquisiciones estatales para convertirse en un instrumento para la aplicación de políticas de fomento o incentivo.

Como sabemos, se reconoce en la actividad administrativa de fomento, al conjunto de formas de acción dirigidas a promover o proteger aquellas actividades particulares que satisfacen necesidades públicas o de utilidad general consideradas insuficientes, sin que para ello el Estado use coacción (propio de la actividad de limitación) ni creando servicios públicos (propio de la actividad prestacional).

La actividad administrativa de fomento congrega todas aquellas modalidades de intervención administrativa consistentes en la protección o la promoción de actividades particulares consideradas insuficientes pero necesarias para el interés general (fomento positivo), o en el desaliento de las actividades contrarias (fomento negativo) con el objeto de persuadir o estimular su realización voluntaria por parte de la colectividad, a través de su colaboración espontánea. Por ejemplo, la exoneración de impuestos a alguna zona de frontera es una típica medida de fomento positivo, mientras que la agravación de la situación tributaria de los bienes importados que compiten con la producción nacional del mismo bien, será ejemplo de un fomento negativo.

Mediante estos mecanismos, la Administración reconoce la iniciativa privada y la autordenación de la vida social y la adecuación al interés público de la actividad privada, pero la orienta a través de mecanismos de persuasión o incentivación (medios indirectos), sin afectar imperativamente la libertad, derechos ni patrimonios de los administrados. No debe perderse de vista que toda acción de fomento conlleva la valoración de dos objetivos: uno inmediato, y otro mediato. El objetivo inmediato es el de persuadir a los potenciales sujetos fomentados para que por

adhesión hagan u omitan algo que se estima constituye el fin público perseguido. Pero por el otro lado, el objetivo mediato o finalidad última, es satisfacer mejor las necesidades públicas mediante el efecto del incremento cuantitativo o cualitativo de las acciones inducidas a los sujetos fomentados.

Por el contenido de las técnicas empleadas para fomentar la actividad privada, la doctrina distinguió siempre entre el fomento honorífico (cuando las ventajas que se otorgan por el acto o conducta que se pretende estimular, se fundamentan en el sentimiento de honor y la natural tendencia humana a una recompensa, tales como las condecoraciones civiles, los títulos y calificaciones académicas, los premios culturales, los reconocimientos, etcétera), el fomento económico (cuando las ventajas que se otorgan por el acto o conducta que se pretende estimular, son de índole patrimonial o pecuniaria para el sujeto fomentado, tales como las subvenciones, premios, auxilios, recompensas, etcétera) y fomento jurídico, que es la aplicable al tema objeto de análisis.

Los medios jurídicos de fomento, se caracterizan por el otorgamiento de una situación de privilegio que determina que el sujeto fomentado se beneficie de la utilización de ventajas jurídicas excepcionales, tales como sucede con la concesión de privilegios contractuales, los contratos de estabilidad jurídica por realización de inversión, la expropiación en favor de una entidad privada, y la imposición de puntaje mayor de determinados proveedores en licitaciones. Como bien expresa J. R. Dromi, sobre estos medios de fomento, constituyen "(...) el otorgamiento de una condición privilegiada a determinadas personas que, indirectamente, les crea diversas ventajas económicas o de seguridad. Incluyen derogaciones de preceptos de derecho privado, ficciones jurídicas, como el beneficio de vecindad, y concesiones de distintas prerrogativas de derecho público, como son las prestaciones personales, la expropiación forzosa, el consumo obligatorio, los estatutos privilegiados y los monopolios de toda clase. Los medios jurídicos pueden reducirse a una cierta unidad, tipificados como privilegios y dispensas. Los medios jurídicos de fomento, se rigen por los principios generales del acto administrativo"⁽²⁰⁾.

Desde la perspectiva que venimos analizando, reviste importancia percatarnos que el empleo de técnicas jurídicas de fomento implica una aplicación

(20) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4ta versión actualizada. Buenos Aires, 1995. p. 656.

de ejemplos de discriminación positiva que el Estado realiza a favor de alguna actividad que califica como indispensable, pero insuficiente en su estado espontáneo, de ahí que decida apoyarla. Como bien se percata De La Cuetara, “El sistema de manejar el ordenamiento jurídico a favor de unas actividades ofrece la clara ventaja de que no implica gasto público y el inconveniente de que crea cierta inseguridad jurídica al rozar en casos la quiebra del principio de igualdad. La estricta aplicación de los principios de generalidad (en ningún caso establecer privilegios singulares) y de objetividad (rechazar todo tipo de discrecionalidad) permite la utilización de estos estímulos que, en todo caso, deberán ser establecidos por Ley”⁽²¹⁾.

En ese sentido, veremos a continuación como la actividad contractual del Estado es un escenario propicio para la aplicación de políticas públicas de fomento jurídico de una serie de posiciones humanas.

Una constatación empírica de la forma en que se diseñan los procesos de contratación estatal nos conducen a afirmar que la gestión estratégica de los contratos del Estado no solo sirven como una forma de transferencia de bienes, servicios u obras en el mercado, sino también resultan un escenario para el cumplimiento de los objetivos de la acción pública. Como bien expresa Monedero Gil, “La contratación del Estado no puede ser concebida como el cumplimiento de una acción neutral, limitada a sus preocupaciones de obtención de un bien o servicios de calidad y de precio adecuado en un régimen de publicidad y concurrencia. Por el contrario, su objetivo no se agota con el mero intercambio de bienes o servicios y recursos, sino que, por el contrario, permite su utilización intencionada y eficaz para el cumplimiento de algunos de los fines generales encomendados por la Constitución y la ley, al Estado. La dinámica de la contratación, debe adecuarse al cumplimiento de objetivos generales, uno de los cuales el fomento de determinadas actividades, o a la denominada discriminación positiva, para paliar la desigualdad preexistente, siempre en cumplimiento de los fines generales imputados constitucional o legalmente a la Administración Pública”⁽²²⁾.

5. Revisión de las técnicas de discriminación inversa prevista a favor de proveedores por las normas de contratación estatal

La revisión del ordenamiento de contrataciones nos informa el uso de las siguientes técnicas de fomento previstas:

5.1. Sistema de cuotas rígidas o reserva de mercados

Las cuotas no supone solo un trato preferencial o preferente para el beneficiado, sino un trato privilegiado de manera automática, absoluta e incondicional en su favor, que le permite contar con una reserva del mercado de las compras estatales en su favor, con independencia de su propio mérito intrínseco.

Por sus propias características, las cuotas rígidas -y esta es uno de sus principales cuestionamientos- introduce una discriminación en los resultados (adjudicación de compras estatales) y no en las causas de la discriminación real que padecen determinado grupo de proveedores. De este modo, los mecanismos de cuotas rígidas, no reconocen la posibilidad de ponderar otras calidades del proveedor, sino concretarse a la calidad por la cual se le aplica el beneficio. En este sentido, tenemos medidas que no promueven la igualdad de oportunidades en la competencia, sino que más bien, producen una prioridad automática en el resultado deseado.

5.1.1. A favor de las PYMES y MYPES

Por una parte, tenemos la técnica de “cuotas rígidas” en materia de compras a favor de las pequeñas y medianas empresas, de suerte que se les reserva parte del mercado de las compras estatales, de manera absoluta, incondicionada, y sin ninguna cláusula de apertura. En efecto, el artículo 21 de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, nos expresa: “Asimismo, las instituciones del Estado deben separar no menos del 40% de sus compras para ser atendidas por las MYPES, en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar”.

(21) DE LA CUETARA, J.M. *La actividad de la Administración*. Tecnos, 1983. p. 306.

(22) MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Estudio de Hacienda Pública, preparado por el Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda. de España. p. 227.

En similares términos dispone su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-2003-TR, que: "(...) Las entidades del Estado deberán separar no menos del 40 por ciento de sus compras globales, para que sean atendidos por las MYPES, para tal efecto, presentaran además de sus planes anuales de Adquisiciones establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, su presupuesto anual a las entidades correspondientes".

Como se puede apreciar en estas normas, las entidades deben reservar -de manera automática, absoluta e incondicional- el 40% de sus adquisiciones globales para ser contratadas con las PYMES y MYPES, quedando el 60% restante para la libre competencia abierta. Nótese que si bien la fórmula contempla la idea que sea "en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar" al no haber un registro oficial de oferta de estas empresas, siempre quedara como una aplicación amplia de la reserva de cuota del mercado.

5.1.2. A favor de empresas constructoras constituidas y instalaciones en el país

La segunda aplicación del sistema de cuotas rígidas o reserva del mercado, esta dirigida a fomentar a las empresas constructoras constituidas y con instalaciones en el país (nótese que no se pondera por su nacionalidad o por el origen del capital).

En efecto, el artículo 77 del Reglamento del TUOLCAE indica que la Licitación Pública para la ejecución de obras se desdoblara en Licitación Pública Nacional o Licitación Pública Internacional, en la que la primera será restringida a las empresas postoras constituidas y con instalaciones en el país, mientras que la segunda procede exclusivamente, "cuando las características técnicas de las obras requieran la participación internacional".

Como se puede apreciar, las entidades públicas deben reservar su mercado de licitaciones

públicas para ejecutar obras a favor de las empresas constituidas y con instalaciones en el país, sin interesar si es empresa nacional, subsidiaria, filial o simplemente extranjera residiendo en el país. Solo podrán abrir la oportunidad de negocio a la competencia abierta (nacional o extranjera) cuando considere que las características técnicas de la obra requieran la participación de empresas foráneas.

5.2. Medidas de puntaje adicional

Las medidas de puntaje adicional consisten en la asignación -vía ficción legal- de una ventaja en la competencia, a favor del sujeto discriminado en los procesos de selección ordinarios. La ventaja consiste en asignar una bonificación adicional al sujeto fomentado, con el objeto de buscarle equiparar con los postores aventajados naturalmente. Lo verdaderamente difícil de esta técnica de fomento, es justificar la cuantificación del bono adicional, para justificar su razonabilidad.

5.2.1. Puntaje adicional para posturas de bienes y servicios elaborados o prestados en el territorio nacional. (El Régimen de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional)⁽²³⁾

Una tendencia al favorecimiento a la inversión en nuestro país se encuentra en la figura de la bonificación porcentual a la sumatoria de las calificaciones técnicas de las propuestas vinculadas al desarrollo productivo nacional⁽²⁴⁾.

Por esta figura, hasta el 30 de julio de 2005⁽²⁵⁾, las entidades que convoquen a un proceso adquisitivo para adquirir bienes o servicios, agregarán de oficio⁽²⁶⁾ una bonificación de veinte por ciento (20%) adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica de la buena pro obtenida por aquellas ofertas de bienes y servicios prestados o elaborados, dentro de nuestro territorio nacional.

Para ameritar esta bonificación, el postor deberá cumplir solamente con presentar en la

(23) Esta norma ha sido la única llevada ante el Tribunal Constitucional para enjuiciar su constitucionalidad. El Tribunal sentenció a favor de la constitucionalidad de la medida -con algunos vacíos de análisis- fundamentándose en: i) la razonabilidad y proporcionalidad de la medida; y, ii) La temporalidad de la medida.

(24) Dicha bonificación fue creada por la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo Nacional (Ley 27143), modificada sucesivamente mediante Decreto de Urgencia 064-2000, 083-2001 y Ley 27633, y reglamentada mediante el Decreto Supremo 003-2001-PCM (que reemplazó al inicial reglamento aprobado por Decreto Supremo 030-99-PCM).

(25) Plazo establecido por el artículo 2 de la Ley 27633.

(26) Para hacer efectiva esta bonificación no se requiere incluso estar incluida en las bases del proceso o que el postor lo solicite mediante consulta u observaciones a las bases [Comunicado 014-2001 (PRE), emitido por el CONSUCODE en setiembre del 2001].

declaración jurada prevista en el artículo 56 de TUO del Reglamento manifestando -al amparo de la presunción de veracidad y bajo su responsabilidad⁽²⁷⁾- que los bienes o servicios ofrecidos han sido elaborados o serán prestados dentro del territorio nacional⁽²⁸⁾.

Ahora bien, la determinación de los requisitos para considerar que un determinado bien a ofertarse es elaborado dentro del territorio nacional ha sido establecida por el artículo 1 del Decreto Supremo 003-2001-PCM, conforme a cuatro supuestos distintos:

a) Los bienes producidos íntegramente en el Perú, con utilización exclusiva de materiales materias primas, productos intermedios, partes y piezas) producidos o extraídos en el Perú. Estamos aquí frente a materiales nacionales, procesados y transformados en el país, sin intervención alguna de componentes extranjeros.

b) Los bienes comprendidos en los capítulos o posiciones de la NALADI, que se incluyen en la Resolución 78 de la ALADI, o su equivalente en NANDINA, por el solo hecho de ser producidos en el Perú.

c) Los bienes producidos en el Perú utilizando materiales originarios de otros países.

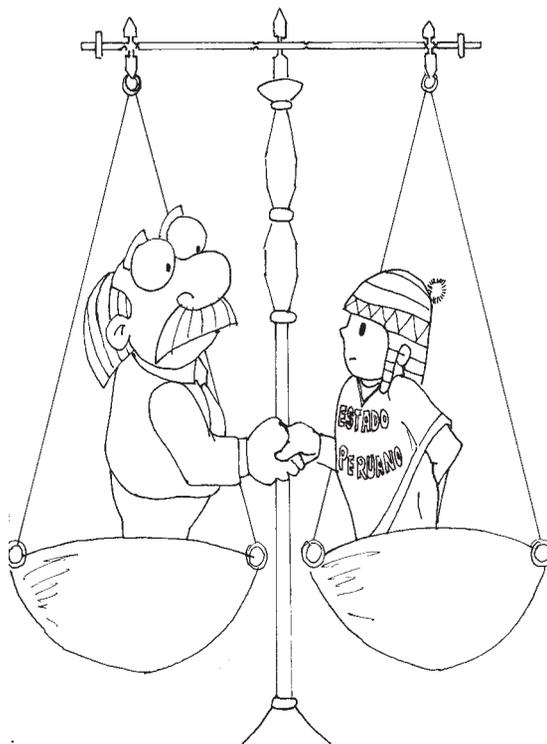
d) Los bienes que resulten de operaciones de ensamble o montaje realizadas en el Perú utilizando materiales originarios de otros países, cuando el valor CIF de tales materiales no exceda del cincuenta por ciento (50 por ciento) del valor de tales mercancías.

5.2.2. Puntaje adicional por componente nacional en construcciones de obras

Una segunda manifestación de esta técnica de fomento fue aplicada con motivo de la complementación del régimen de promoción del desarrollo productivo nacional, en materia de contratación de obras y concesiones.

Ahí, la Ley 28242, estableció la bonificación de un 20% adicional a las empresas constructoras postoras que comprometan un mínimo de 20% de componente nacional en su oferta consistente en bienes elaborados dentro del territorio nacional. En efecto, esta disposición nos indica "Para la

aplicación del artículo 31 de la Ley 26850, TUOLCAE, en los procesos de ejecución de obras que se efectúen de acuerdo a los sistemas y modalidades previstos en los artículos 45 y 46 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 013-2004-PCM, o en otras modalidades que se establezcan de acuerdo a la naturaleza del requerimiento, en los cuales se requiera incorporar bienes, para efectos del otorgamiento de la buena pro, se otorgara un margen de preferencia a los postores que incorporen bienes elaborados dentro del territorio nacional. El margen de preferencia será el 20% del componente nacional de la oferta del postor, que se calculara obteniendo el 20% del factor en porcentaje que resulte de dividir el valor del componente nacional con declaración jurada, entre el valor total de la propuesta del postor. Para efectos de comparación de ofertas el margen de preferencia se deducirá de la propuesta del postor".



(27) Las responsabilidades en caso de declaración falsa serán: penal (artículo 411 del Código Penal) y administrativa (inhabilitación permanente como postor del Estado), conforme establece el artículo 5 del Decreto Supremo 003-2001-PCM.

(28) Artículo 3 del Decreto Supremo 003-2001-PCM.

5.2.3. Puntaje adicional para empresas domiciliadas en la provincia o en zona colindante

Finalmente, un reciente ejemplo de asignación de puntaje artificial a determinados proveedores, es el que ha sido aprobado a favor de empresas domiciliadas en la provincia (fuera de Lima) o en alguna colindante.

Esta tendencia ha sido acogida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo 084-2004-PCM cuando crea la Bonificación por provincia o colindante, en los siguientes términos:

“Artículo 131.- Bonificaciones por provincia o colindante.-

Tratándose de la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de las provincias de Lima y Callao, cuyos montos corresponden a Adjudicaciones Directas Selectivas o Adjudicaciones de menor Cuantía, se considerara una bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio legal en la provincia donde se ejecutara la obra objeto del proceso de selección o las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región, siempre que los bienes, servicios u obras sean elaborados dentro de la circunscripción. El domicilio legal será el declarado ante el Registro Nacional de Proveedores”.

5.3. Medidas de facilitación

Las medidas de facilitación o simplemente de impulso, buscan la eliminación de alguna desventaja natural (carencia de información oportuna, dificultad para ser garantizado por sistema financiero, o demanda acumulativa de bienes, o servicios en magnitud amplia, etcétera) que dificulta la competencia de determinados proveedores.

5.3.1. Facilitación de información

Uno de los mecanismos de discriminación inversa empleados a favor de las pequeñas y medianas empresas consiste en el régimen de facilitación de información que les convierte en receptores de información suficiente y oportuna de las oportunidades de negocios con la Administración, a diferencia de todos los demás potenciales proveedores que tienen que adquirir a

las fuentes de información oficiales (diarios, páginas web, etcétera).

El artículo 19 del Decreto Supremo 009-2003-TR nos indica que:

“La Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa –PROMPYME- facilita el acceso a las MYPES a las compras del Estado a través de la difusión de los Planes Anuales de las Entidades del Estado, difusión de sus convocatorias a los procesos de adjudicaciones públicas de bienes y servicios o consultoría de obras y otros mecanismos de articulación de demanda y oferta de bienes, servicios y obras previstas en la legislación; así como la promoción para la conformación de consorcios y programas de subcontratación”.

5.3.2. Facilitación de garantías

En principio, el artículo 21 de la Ley 28015, dispuso que “En los contratos de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, distintos de los de consultoría de obras que celebren las MYPES, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía del fiel cumplimiento por la retención de parte de las Entidades e un porcentaje de un diez por ciento (10%) del monto total del contrato. La retención de dicho monto se efectuara durante la primera mitad de número total del contrato”.

El artículo 18 de la Ley 28304, Ley de Promoción del Desarrollo Económico y Productivo, ha dispuesto que: “En los contratos de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, distintos de los de consultoría de obras, que celebren las MYPES Descentralizadas, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, por la retención de parte de la entidad compradora del 5% del monto total del contrato. La oportunidad, forma de retención así como las consecuencias de su incumplimiento se rigen por lo dispuesto por la Ley No. 28015”.

Finalmente, esta sucesión normativa ha sido incluida en similares condiciones por el artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, y 213 de su reglamento.

5.3.3. Facilitación de acceso por montos (fraccionamiento admitido)

El artículo 21 de la Ley 28015, incluye una figura de fraccionamiento tolerado a favor de brindar

facilidades para la postulación de las PYMES, entendiendo que de ordinario no pueden acceder a las licitaciones o concursos, por los volúmenes de prestaciones que ellas demandan a sus proveedores. Por ello dispuso "(...) Los procesos de selección se pueden llevar a cabo por etapas, tramos, paquetes o lotes. La buena pro por cada etapa, tramo, paquete o lote se podrán otorgar a las MYPES distintas y no vinculadas económicamente entre si, lo que no significa un cambio de modalidad del proceso de selección (...)".

La tendencia finalmente se consolidó en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando ha dispuesto que no se considerara fraccionamiento "(...) a las contrataciones y adquisiciones por etapas, tramos, paquetes o lotes, posibles en función de la naturaleza del objeto de la contratación y adquisición, o para propiciar la participación de pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva" (a ser determinado mediante Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros) (Artículo 18).

5.4. Medidas de trato preferencial

Las medidas de trato preferencial a diferencia de todas las anteriores técnicas de discriminación inversa, apuntan a dar un trato beneficioso a determinados proveedores, en caso de convergencia de ofertas con otras empresas (dirimencia en caso de empates, o prioridad para ser considerados).

5.4.1. Tratamiento preferencial genérico a favor de MYPES

De modo general, la Ley 28015 indicó que "(...) En las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios, las entidades del Estado, prefieren a los ofertados por las MYPES, siempre que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas (...)". La fórmula del artículo 19 de su reglamento repite la fórmula, pero agrega que la preferencia operará cuando los bienes y servicios de las MYPES sean "ofrecidos en condiciones similares de calidad, oportunidad y precio".

Complementando la medida, la Ley 28304, Ley de Promoción del Desarrollo Económico y Productivo, indica que: "En los casos de MYPE Descentralizadas, la preferencia que les dan las entidades del estado en las contrataciones de bienes y servicio, incluye a las exoneradas de los procesos de Licitación Pública, Concurso Público

o Adjudicación Directa por ser realizados en situación de emergencia o de urgencia declarada de conformidad con el inciso c) del Artículo 8 del Texto Único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, aprobado por Decreto Supremo No. 012-2001-PCM".

5.4.2. Tratamiento preferencial genérico para micro y pequeñas empresas de personas con discapacidad

El artículo 38 de la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, determina 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".

5.4.3. Tratamiento preferencial genérico para empresas de la localidad (localismo)

El artículo 30 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, indica que "Las contrataciones y adquisiciones que realizan los Gobiernos Locales se sujetan a la ley de la materia, debiendo hacerlo en acto público y preferentemente con las empresas calificadas constituidas en su jurisdicción, y a falta de ellas con empresas de otras jurisdicciones".

Como veremos más adelante, esta tendencia se ha transformado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones en una bonificación para las proveedoras domiciliadas en la provincia de la convocatoria o en zona colindante.

5.4.4. Medidas de tratamiento preferencial específicas para PYMES y MYPES

a) Preferencia en caso de empate

El artículo 133 del reglamento del TUOLCAE indica que cuando dos o más propuestas resulten empatadas, el otorgamiento de la buena pro se realizará preferentemente a favor de "las micro y pequeñas empresas ganadoras en adjudicaciones directas y de menor cuantía, alcanzando este beneficio a los consorcios siempre y cuando estén conformados íntegramente por micro y pequeñas empresas".

b) Preferencia en caso de adquisiciones para reconstrucción de zonas afectadas

La quinta disposición complementaria del TUOLCAE indica que "En las adquisiciones y

contrataciones de bienes, servicios y obras realizadas con recursos públicos para fines de la reconstrucción de las zonas afectadas por desastres naturales, las Entidades del estado prefieren, en condiciones de similar precio, calidad y capacidad de suministro, aquellos producidos o brindados por la pequeña y microempresa nacional”.

c) Preferencia para ser subcontratista del Estado

El artículo 208 *in fine* “las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las micro y pequeñas empresas”.

5.5. Sobre los diversos proveedores beneficiados por la discriminación inversa

Desde la perspectiva de los proveedores que han merecido alguna acción de discriminación inversa en su favor, para mejorar sus posibilidad de acceder al mercado de las compras estatales, tenemos a las PYMES, y MYPES, las empresas de la localidad, las que comprenden a personas discapacitadas, o las que asumen compromiso de adquisiciones de bienes y servicios nacionales. Ahora bien, desde el punto del análisis de las consideraciones que han llevado al legislador a optar por fomentar a estos proveedores, podemos identificar algunos criterios, no siempre coherentes.

5.5.1. La dimensión de la empresa (Niveles de ventas anuales y número de trabajadores, que califican a las Pequeñas y Microempresas – MYPES), en cuyo favor se han previsto legalmente una serie de acciones positivas que incluyen: facilitación de información a través de PROMPYME, inducción a fraccionamiento de compras en su favor (artículo 18, Texto Único Ordenado de la Ley, y Ley 28015), admisión de mecanismos alternativos de garantías (Ley 28015, artículo 21 y artículo 213 del Texto Único Ordenado), cuotas rígidas del mercado (artículo 21, Ley 28015), preferencias en caso de empate de puntaje (artículo 133.1. Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), preferencia para ser subcontratistas (artículo 208, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,

preferencia para ser contratistas en obras de reconstrucción (Quinta Disposición Complementaria del Texto Único Ordenado de la Ley)⁽²⁹⁾.

5.5.2. La ubicación del proveedor: A través de la asignación de una bonificación de 10% a la sumatoria total de puntaje a favor de las empresas domiciliadas en la provincia o alguna colindante a la de ejecución del contrato de obra o servicios (artículo 131, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley), el puntaje adicional por ofrecimiento de mano de obra local en obras (artículo 68.1, b.4, del Texto Único Ordenado de la Ley), la preferencia de empresas constituidas en la circunscripción de las municipalidades (artículo 34, Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades).

5.5.3. Las empresas de las personas minusválidas⁽³⁰⁾ (nótese que la disposición no aclara si se trata de empresas en las que las personas minusválidas sean accionistas, o basta que sean empleados de esta, para gozar de la preferencia).

5.5.4. Las empresas que provean productos de origen nacional de la circunscripción para el Programa del Vaso de Leche de las Municipalidad del país⁽³¹⁾.

5.5.5. Asunción del compromiso de adquirir bienes en el país (tienen derecho a una bonificación de 20 por ciento a la sumatoria total en el caso de ejecución de obras, según el artículo 1, Ley 28242).

5.5.6. La territorialidad de la actividad contratada en favor del Estado⁽³²⁾ (a través de la existencia de procesos reservado solo para empresas con instalaciones productivas en el país, y la bonificación adicional de 20% a favor de las mismas empresas).

En todos estos casos, nos encontramos frente a medios de fomento de determinadas actividades que son priorizadas por el Estado y se orientan a atender cuando menos una finalidad constitucionalmente establecida, como por ejemplo,

(29) Incluso la normativa ha considerado la preferencia “reforzada” de las MYPES descentralizadas sobre las MYPES de Lima, en cuya virtud poseen un privilegio mayor para ser escogidas en caso de concurrencia con MYPES de Lima (artículo 17, Ley 28034).

(30) Ley 27050, artículo 38 y comunicado 003-2001-PRE.

(31) Ley 27712.

(32) Artículo 14 del Reglamento del Texto Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

la descentralización del Estado (artículo 77 de la Constitución), la protección de la persona discapacitada (artículo 7), brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59), promover las pequeñas empresas (artículo 59), etcétera. De este modo, los mencionados instrumentos, de fomento jurídico de las actividades mencionadas, poseen relevancia constitucional, y consisten precisamente en instrumentos que por vía normativa brindan posiciones más favorables a determinadas personas en relación con otras⁽³³⁾.

Sin embargo, nadie parece haber reflexionado sobre ¿quién asume el costo de estas disposiciones discriminatorias? De ordinario, cuando se trata de incorporar una medida de discriminación positiva, se dice que el coste de la discriminación recae en los grupos sociales distintos que antes eran beneficiarios de la situación, y que por efecto de la medida, invierten su papel. Así sucede, por ejemplo, cuando se dictan medidas de acción afirmativa a favor de las mujeres, o grupos sociales en riesgo. No obstante, tratándose de las compras estatales, aparece un tercer actor sacrificado y que contradictoriamente, es quien financia definitivamente, las medidas de acción afirmativa: el contribuyente. En efecto, si alguna empresa ha obtenido la buena pro y proveerá de bienes, prestará servicios o construirá una obra pública, y para ello, ha resultado adjudicataria del contrato en función de los puntajes adicionales creados, o de las preferencias legales creadas, o de la reserva de mercado realizada en su favor, muy

probablemente no ira aparejada su condición, con la idoneidad técnica o económica de su oferta. ¿Estará dispuesto el contribuyente a financiar obras, servicios o la adquisición de bienes a quienes no presentan la mejor capacidad técnica u oferta económica menos onerosa, en desmedro de mayores bienes, servicios u obras?

Pero la situación no queda en esta cuestión no esclarecida aún, sino el abundamiento de grupos "preferidos" o "discriminados positivamente" llevará a situaciones casi irresolubles, como por ejemplo, si hay empate entre una empresa postora con personal minusválido, y una pequeña empresa. O incluso, es posible apreciar que por ejemplo, un proveedor de bienes o servicios a una entidad pública en provincias puede llegar a acumular puntaje (de pura ficción legal) de hasta 30% adicional sobre sus otros competidores (20% por el régimen de promoción de la producción nacional y 10% por la bonificación por provincia o colindante).

Solo quisiera terminar con una consulta a todos los interesados lectores: a partir de la fecha, ¿se sentirían confiados en la calidad de una atención médica en un hospital estatal, si consultado el médico sobre el origen del medicamento que les va aplicar, les responde que fue adquirido no por su calidad demostrada en un proceso de libre competencia, sino en función del puntaje adicional establecido por el domicilio de la empresa proveedora, o porque el medicamento fue elaborado en el territorio nacional, o porque la empresa prometió adquirir bienes nacionales, o porque estaba dentro de la cuota para micro empresas? La respuesta es obvia. $\overline{\text{A}}$