

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

Mayo - Junio 2022 | 141

ISSN 1851-0590

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Contratación pública y políticas de género: el caso de la ley 27.636

Álvaro Bautista Flores

Sumario: I. Proemio.— II. La contratación pública como técnica de fomento. La contratación social.— III. Aspectos constitucionales involucrados.— IV. Derecho comparado.— V. Las experiencias análogas en Argentina.— VI. El impacto de la ley 27.636 y su reglamentación en los contratos públicos.

I. Proemio

Las políticas o perspectivas de género se erigen como un fenómeno de interesantes aristas que ha llegado para asentarse, y que, por ende, implica una reformulación del ordenamiento jurídico y sus principios, bajo el irrestricto respeto del principio de proporcionalidad y razonabilidad.

La “perspectiva de género” (1) implica la admisión de la existencia de estereotipos que acrecientan desigualdades, las cuales deben ser erradicadas. Lejos de cualquier ideología, constituyen una pauta legal que permite analizar el impacto del género en las relaciones, prácticas y legislación, orientada a la igualdad (2).

Más allá de los propósitos de este tipo de políticas, las cuales se enderezan a remover obstáculos culturales, económicos y sociales a fin de promover la igualdad real de oportunidades, unos de los grandes desafíos que se presentan aparece al momento de diseñar las herramientas jurídicas que contemplan este tipo de situaciones. En este escenario, la contratación pública ha surgido como una alternativa válida para abarcar esta temática, principalmente, a través

(1) Ampliar en IVANEGA, Miriam "El principio de igualdad. Cuestiones de género", Revista Derecho & Sociedad 1, 93-108. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22408> (último ingreso: enero de 2022).

(2) YUBA, Gabriela, "Perspectiva de género: alcances e implicancias en materia de derechos humanos", El Dial (cita online: DC23BB).

de la denominada compra o contratación social (3).

A partir de estas reflexiones, intentaremos en estas breves líneas abordar el impacto que han tenido las políticas de género en la contratación pública, principalmente, con la aparición de la ley 27.636 y su normativa complementaria, en la cual se propugna la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero.

II. La contratación pública como técnica de fomento. La contratación social

La comprensión del vínculo que puede generarse entre las políticas de género y la contratación pública puede comenzar a explicarse a partir de las vinculaciones de esta última con otro de los ejes principales del derecho administrativo, como lo representa el fomento.

Al respecto, vale recordar que nos recuerda que el concepto de la actividad administrativa de fomento quedó definido como aquella acción encaminada a proteger y promover las actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general sin usar la

(3) Sobre esta temática, ver FLORES, Álvaro B., "La inserción de la contratación social en Argentina", en GIMENO FELIU, José María (dir.) - GUERRERO MANSO, María del Carmen (coord.), Observatorio de los Contratos Públicos 2020, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2021, pp. 285 a 300.

coacción ni crear servicios públicos (4). La figura del fomento (5) engloba a cualquier tipo de acción pública articulada por conducto de los medios o instrumentos creados por la normativa vigente (llamadas "técnicas de fomento", tales como estímulos, promociones, protecciones, concesión de beneficios, exenciones, reintegro, etc.) cuya finalidad inmediata apunta a beneficiar, proteger y/o tutelar a un sector determinado de la población o del propio Estado, en aras de propender a la eficiencia, la productividad y el desarrollo de ciertas actividades, redundando el cumplimiento de los objetivos propuestos en la satisfacción de las exigencias impuestas por el bien común.

La configuración o el diseño del poder de compra estatal puede representar un típico supuesto de actividad administrativa de fomento. En este sentido, asumiendo su condición de política pública, las contrataciones que celebra el Estado pueden apuntar a tutelar ciertos intereses o segmentos de la sociedad. La historia nos indica que el "Acta de Navegación" de 1651 en Inglaterra, con la cual se otorgó preferencia a los buques de bandera, se erigió como uno de los primeros antecedentes de "reserva de mercado". Estas prácticas proteccionistas fueron muy difundidas en el Siglo XX, e inclusive, en países como Argentina, persisten regímenes de este tipo (6).

La lucha para la efectiva realización de los derechos consagrados en los diversos ordenamientos jurídicos, tributaria del denominado "neoconstitucionalismo", ha abierto paso a nuevas manifestaciones de la figura del fomento, en este caso, con impacto en la contratación pública. Por tal motivo, conforme ya se anticipase, la preocupación del diseño de los contratos públicos se centró en incorporar incentivos concretos para promover el cuidado del medio ambiente,

(4) JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", Revista de Estudios Políticos, nro. 48, año 1949, p. 41 y ss.

(5) FLORES, Álvaro B., "Aproximaciones acerca de la Actividad de Fomento", Revista Argentina de Derecho Público, Ed. IJ Editores, nro. 4, marzo de 2019 (Cita online: IJ-DVC-34).

(6) Cfr. dec.-ley 18.875/1970, Ley de "Contrate Nacional"; ley 27.437, Ley de "Compre Nacional y Desarrollo de Proveedores".

la inserción en el mercado laboral de las personas con discapacidad, y finalmente, la inclusión de cláusulas o criterios "sociales", entre las cuales se encuentra las realizadas con perspectiva de género, con miras a mitigar problemáticas puntuales que aparecen en cada país. Estos ejes son los que integran las llamadas "compras sustentables" (7).

Al aparecer las contrataciones impulsadas por cuestiones de género como una modalidad o variante de las contrataciones sociales, corresponde precisar sucintamente cuáles habrán de ser sus alcances. Conteste a ello, esta clase de contrataciones se caracterizan por la inclusión expresa en su plexo normativo de "cláusulas sociales". estas últimas apuntan a incorporar aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión) y/o como elemento de valoración (puntuación) en un contrato público.

Así las cosas, teniendo en consideración las particularidades de cada Estado, los criterios sociales pueden manifestarse de las siguientes maneras: a) como preferencias por grupos sectoriales de menor desarrollo (por ejemplo: compras preferentes con el sector de la Mediana y Pequeña Empresa; b) a fin de dinamizar la inversión pública para mejorar las condiciones de un territorio y población determinada (por ejemplo: planes de compras a nivel municipal, microrregional o regional); c) para establece un tratamiento especial orientado a contratar a grupos de interés social vulnerables o bajo condiciones de protección social, mediante programa de "proveedores sociales" o planes de compras inclusivas, como nuevos instrumentos, complementarios a las políticas de protección social y generación de empleo temporal.

III. Aspectos constitucionales involucrados

El abordaje de género, cuanto menos de forma media o indirecta, cuenta con un importante respaldo constitucional y convencional. Al respecto, en tratados y pactos de derechos humanos se consagró que el sexo de las personas no debe de usarse como criterio para desigualar

(7) Ampliar en ARRÚA, Rocío, "El criterio de sustentabilidad en las compras públicas. La incorporación de la perspectiva de género", Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores, nro. 3, junio 2020 (Cita: IJ-CMXVIII-528).

en materia de reconocimiento de derechos humanos **(8)**. En esta línea, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), los cuales tienen jerarquía constitucional, hacen referencia a tal aspecto. Posteriormente, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer —Convención de Belém do Pará— (1994, ratificada por la ley 24.632), se inscribe en un criterio análogo.

Amén de las referencias realizadas, el principal basamento de las políticas a dictarse en la materia se encuentra constituido por el art. 75, inc. 23, cuyos alcances seguidamente trataremos. Esta disposición pone en cabeza del Congreso de la Nación “[...]legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Como fuera antes esbozado, la contratación pública aparece como una de las posibles “medidas de acción positiva” a las que alude el texto constitucional, ya sea a través del diseño del poder de compra o mediante la inclusión de cláusulas sociales. Este tipo de acciones se erigen como regulaciones o políticas estatales que tienen como finalidad brindar un trato preferencial a una persona por ser ella parte de un grupo de individuos que ha resultado —y sigue siendo— víctima de un trato excluyente, sistemático e histórico. Su cometido apunta a amparar o tutelar grupos que merecen un trato preferencial con miras a dismantelar la situación de ex-

clusión y solo cuando esa categoría es utilizada para perpetuar la situación de exclusión.

Las acciones positivas requieren, entonces, de la identificación de tres situaciones que deben darse para que ellas estén justificadas:

a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (extranjeros, personas que han estado privadas de su libertad, pobres estructurales, colectivos de géneros, etc.);

b) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etc.);

c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice.

En la actualidad, no existe una regulación específica que aborde la contratación social en Argentina **(9)**, lo cual implica que, más allá de su perfectibilidad, la irrupción de la ley 27.636 aparece como un síntoma saludable para la evolución de la temática en el país.

(9) A nivel nacional, ni el dec. delegado 1023/2001 (Régimen de Contrataciones del Estado), ni la ley 13.064 (Contrato de Obra Pública), entre otros, no hacen alusión alguna respecto de la posibilidad de incorporar criterios sociales en las contrataciones públicas. Si bien el ordenamiento jurídico vigente en materia de contrataciones no veda o excluye la posibilidad de incluir criterios de este tipo, su inserción se encuentra supeditada hoy en día a la buena voluntad de las jurisdicciones y entidades contratantes. En este entendimiento, la prever como criterio de adjudicación a la “oferta más conveniente” (conf. art. 15 del dec. delegado 1023/2001), se deja traslucir la idea de que no será solamente el precio lo que determinará la propuesta a elegir. Únicamente se pone en cabeza del órgano rector de contrataciones (ref. Oficina Nacional de Contrataciones) la proposición de políticas que promuevan el cumplimiento de los principios generales, estableciéndose que gozará de amplias facultades —en las contrataciones de bienes y servicios— para desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas (Conf. art. 115 inc. b), punto 1) del Anexo del dec. reglamentario 1030/2016).

(8) IVANEGA, Miriam (dir.), “Igualdad y Género”, Ed. LA LEY, 2019, p. XXV-XXXV.

La ausencia de una regulación específica sobre la materia, la cual no recae exclusivamente en el Órgano Rector, ha generado que en la práctica —si uno examina los diversos Pliegos confeccionados por las jurisdicciones estatales— la inclusión de cláusulas de contenido social resulte prácticamente inexistente.

De alguna manera, la situación descripta —más allá de explicarse por la no imperatividad de las cláusulas sociales— también puede revelarse a partir de las dudas o temores que se pueden generar en los operadores del sistema (10), en caso de que deseen incorporar soluciones de contenido social. Esto es así, debido a que, se estaría ingresando en el terreno de las “categorías sospechosas” (11) —las cuales implicar reformular los contornos de la igualdad— sin que exista norma alguna. Cabe recordar que aquellas han nacido en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, y que una de sus primeras manifestaciones —desde el punto de vista operativo si se quiere— fue a través del establecimiento en la legislación de ciertos Estados de un cupo obligatorio de empleo (extendido a las contrataciones estatales) de personas de origen afroamericano.

IV. Derecho comparado

IV.1. Unión Europea

Hasta la aprobación de las directivas 2004/17/CE (12) y 2004/18/CE, las directivas sobre contratos públicos no contemplaban expresamen-

(10) puede registrarse algún tipo de temor por parte de las autoridades con competencia para contratar al momento de insertar las cláusulas sociales (Ej.: establecer que un porcentaje “x” de la plantilla de personal que preste un servicio a licitar haya estado desempleado por una determinada cantidad de tiempo, o prever que exista un porcentaje para personas que han estado privadas de su libertad), ya que podrían traslucir un favoritismo o direccionamiento, lo cual se encuentra reprimido por el ordenamiento. Sin embargo, somos de la idea de que dichas cláusulas podrían incluirse, siempre y cuando se vinculen con el objeto de la contratación y respondan al estándar del principio de razonabilidad (conf. art. 28 de la CN), atento a que el ordenamiento no lo prohíbe, y el criterio para adjudicar es lo suficientemente amplio en la normativa argentina.

(11) Ampliar en SÁNCHEZ CAPARROS, Mariana, “Categorías Sospechosas”, Ed. Astrea, año 2020.

(12) Conf. arts. 46 y 53.

te la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato pública. Sin embargo, tanto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre “la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (13) como la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 (14), pretendieron clarificar el abanico de posibilidades que ofrecía el marco jurídico comunitario anteriormente vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos.

La jurisprudencia del Superior Tribunal Europeo (15) también había sido proclive a admitir la inclusión de parámetros sociales en las contrataciones celebradas por los Estados Miembros.

Sin embargo, ha sido la directiva 2014/24/UE la cual proporcionó un importante salto cualitativo en la materia, al contemplar como uno de sus grandes objetivos, permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Esta impronta se advierte con nitidez en los considerandos 36 y 99 de la directiva (16), y en

(13) COM (2001) 566 final.

(14) COM, 143.

(15) “Beentjes”, sentencia de 21/09/1988 (asunto 31/87); “Evans Medical y Macfarlan”, sentencia de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93); “Comisión/Francia”, sentencia de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98).

(16) Considerando 36: “El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo

forma expresa, en el art. 20 al regular los llamados “contratos reservados”. Allí se dispone lo siguiente: “Art. 20 - Contratos Reservados. 1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. 2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo”. Asimismo, en el art. 67, inc. 1 —referido a los criterios de adjudicación— también se vierten los aspectos sociales de la contratación.

Desde luego, la alusión a “personas desfavorecidas” ha dado brindado la posibilidad de incluir —entre las cláusulas sociales— a las políticas de género.

IV.2. España

El Reino de España cuenta con una experiencia importante en materia de contratación so-

están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”. Considerando 99: “Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios”.

cial (17). En este entendimiento, ya el art. 150 de la legislación de contrataciones derogada recogía expresamente los criterios sociales en los contratos públicos.

La Ley de Contratos del Sector Público del año 2017 (ley 9/2017, LCSP) implicó un avance significativo en la temática. En tal sentido, los criterios sociales de la contratación pública se consagran expresamente entre los principios rectores de la ley (cfr. art. 1º, inc. 3) (18). El núcleo de la regulación se halla en el art. 145 (Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato), el cual —por su relevancia— a continuación, transcribimos en su parte pertinente:

“(…) 2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos (...) Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apart. 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: 1.º (...) Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecu-

(17) Ampliar en GIMENO FELIÚ, J. M., “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en AA.VV., GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 91.

(18) Art. 1. Objeto y finalidad: (...) 3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

ción del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

La importancia de esta previsión radica en que a través de ella se incluye la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

Las disposiciones antes mencionadas se complementan con los arts. 125, 127, 147, 199, 200, y en la Disposición Adicional Cuarta, en la cual se definen los “Contratos Reservados” en la normativa española.

Debe señalarse que los criterios sociales de la contratación van a estar relacionados exclusivamente con el objeto de la contratación (conf. art. 145, inc. 6), lo cual implica que los cometidos sociales solamente podrán ser insertados siempre y cuando las prestaciones involucradas así lo permitan **(19)**. Caso contrario, se estaría atentando con el principio de eficiencia y

(19) Como ejemplos de definición del objeto del contrato, para la aplicación de cláusulas sociales en el mismo, pueden citarse los siguientes: a) Contrato de servicio de limpieza con fomento del empleo y apoyo de los procesos de inserción sociolaboral o de exclusión social; b) Contrato del servicio de mensajería con fomento y promoción de colectivos con dificultades para el acceso al mundo laboral o que se encuentren en riesgo de exclusión; c) Contrato de servicio de mantenimiento y conservación de las zonas verdes de los colegios públicos a prestar mediante el fomento de la incorporación sociolaboral de personas en situación de exclusión social.

eficacia de la contratación pública **(20)**. Esta es una reflexión sumamente trascendente, atento a que, desde la perspectiva de esta normativa, los pliegos y hasta inclusive la normativa vigente, no podría establecer como condición para cotizar que el oferente incluya de manera permanente en su plantilla a —por ejemplo— personas pertenecientes a diversos colectivos de género.

También ha sido destacada la contribución de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública al momento de perfilar los contornos de la contratación social, cuyas consideraciones pueden extrapolarse al tema que nos atañe. Así las cosas, el Tribunal Central **(21)** ha considerado que la “cláusula social” es “...toda disposición incluida en un contrato en virtud de la cual la parte prestadora del servicio asume, como condición de acceso, de valoración para la adjudicación o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política socio laboral (...)”.

IV.3. Latinoamérica **(22)**

En estas latitudes, siguiendo los lineamientos que provienen del derecho europeo y de las recomendaciones de la Organización Mundial de Comercio, la contratación social apunta a paliar el déficit estructural que se advierte en la generación de empleo. A su vez, cada Estado transita situaciones particulares (pueblos originarios, terrorismo interno, desempleo e inseguridad, entre otros), lo cual conduce a que los criterios sociales se manifiesten de manera muy diversa.

(20) Ampliar en FLORES, Álvaro B., "Breves reflexiones en torno al principio de eficiencia de la contratación pública", Suplemento de Derecho Administrativo de la Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, febrero de 2020. Sup. Adm. 2020 (febrero). AR/DOC/208/2020.

(21) Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 22 de noviembre de 2017.

(22) Con relación a este tema, ampliar en el sitio web de la Organización Internacional del Trabajo, "Innovaciones en compras públicas sustentables: Inclusión de criterio de empleabilidad en las compras públicas" (https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/research-briefs/WCMS_566105/lang-es/index.htm). Última consulta: 31 de enero de 2020).

Podemos encontrar a las llamadas “compras inclusivas”, las cuales tienen como objetivo principal incorporar como proveedores del Estado, a distintos grupos de interés, todos ellos vulnerables y de especial importancia para los objetivos de las políticas de protección social e inserción en el mercado laboral y en el sistema productivo. En este grupo, se hallan los ordenamientos de Colombia (23), Ecuador (24) y El Salvador (25).

Por otra parte, algunos países han optado por prever una suerte de “reserva de mercado”, en la cual se destina un porcentaje del poder de compra a organizaciones sociales. Esta modalidad, por ejemplo, se registra en el Estado Plurinacional de Bolivia (26).

(23) Modificación de ley 1150/2007 y ley 1450/2011, art. 12. "Promoción del desarrollo en la Contratación Pública. (...) De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual". Asimismo, ver BOTERO, Juan David Duque, "La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública en el marco del postconflicto colombiano", Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP, v. 17, n. 7, pp. 63-75, mayo/agosto 2017.

(24) La ley orgánica del sistema nacional de contratación pública (2008), en su art. 6 (Definiciones), prevé lo siguiente: "Compra de Inclusión: Estudio realizado por la Entidad Contratante en la fase pre contractual que tiene por finalidad propiciar la participación local de artesanos, de la micro y pequeñas empresas en los procedimientos regidos por esta Ley, acorde con la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con los ministerios que ejerzan competencia en el área social. Las conclusiones de la Compra de Inclusión se deberán reflejar en los Pliegos".

(25) Ej.: Instructivo UNAC No. 02-2015 sobre "Normas para la incorporación de criterios sostenibles de responsabilidad social para la prevención y erradicación del trabajo infantil en las compras públicas".

(26) En Bolivia Las Organizaciones Económicas Campesinas (OECAS) pueden participar en los procesos de compras estatales en calidad de proveedores y gozan de los mismos beneficios de márgenes de preferencia que las MYPE. No tienen ninguna restricción respecto a la modalidad de organización legal para participar en los procesos de obras públicas como proveedores de pequeñas obras productivas y sociales.

V. Las experiencias análogas en Argentina

Sin perjuicio de que la contratación social carece de categorización y recepción expresa en Argentina, es posible hallar algunas experiencias, las cuales tienen un estrecho ligamen con el régimen incorporado a través de la ley 27.636.

Con antelación a que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (conf. ley 27.044) adquiera raigambre constitucional, en la Argentina se establecieron —al menos normativamente— medidas tendientes a promover la inserción del colectivo en cuestión a través de contrataciones estatales. Así las cosas, la ley 22.431 (y sus respectivas modificaciones) incluyó el cupo obligatorio de personas con discapacidad (4 % de la dotación de personal), el cual se extendió por conducto del dec. 312/2010 a la “tercerización de servicios” realizada por conducto de una contratación pública (27).

Más allá de la imprecisión terminológica (aún persiste la duda sobre si alcanza a los contratos de obra y obra pública), se advierte una clara intención de regular este aspecto, el cual generalmente es cumplido con la presentación de una declaración jurada. Desde luego, los problemas se trasladan a la ejecución del contrato, donde los controles —lamentablemente— suelen ser excesivamente laxos.

Asimismo, la ley 22.431 expresamente dispone que el Estado nacional priorizará, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación (28), las compras de insumos y provi-

(27) Conf. art. 7°: "En aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación empleada, se encuentre o no comprendida ésta en el Régimen del dec. 1023/2001 y su normativa complementaria y modificatoria, deberá incluirse en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, que el proponente deberá contemplar en su oferta la obligación de ocupar, en la prestación de que se trate, a personas con discapacidad, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad del personal afectado a la misma".

(28) El art. 8 del dec. 312/2010 establece lo siguiente: "Con relación a la priorización dispuesta en el art. 8° bis de la ley 22.431, incorporado por la ley 25.689, si se produjera un empate de ofertas, deberá considerarse en primer término aquella empresa que tenga contratadas a personas con discapacidad, situación que deberá ser fe-

siones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, situación que deberá ser fehacientemente acreditada.

Otra experiencia que puede señalarse, aunque con matices diferenciales al esquema anteriormente descrito, es la modalidad de contratación directa con “Efectores de Desarrollo Local y Economía Social” (29), aunque su incidencia sea relativamente escasa.

VI. El impacto de la ley 27.636 y su reglamentación en los contratos públicos

En julio de 2021 fue publicada la ley 27.636 (Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero “Diana Sacayán - Lohana Berkíns”), la cual tiene como cometido establecer medidas de acción positiva orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

A los efectos de la ley (y por ende de su normativa complementaria), se entiende por personas travestis, transexuales y transgénero a todas aquellas que se autoperciben con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer (conf. art. 3°). En sintonía con este punto, la norma señala que se encuentran alcanzadas por la presente ley las personas travestis, transexuales y transgénero habilitadas a trabajar en los términos que establece la legislación laboral, que manifiesten que su Identidad de Género se encuentra alcanzada por la definición del art. 3° de la presente ley, hayan o no accedido al cambio registral previsto en el art. 3° de la ley 26.743, de identidad de género.

En lo que aquí interesa, entre las medidas de acción positiva contempladas en el régimen, el art. 10 consagra: “Prioridad en las contratacio-

hacientemente acreditada. En el caso en que la totalidad de las empresas igualadas hubiera personal con discapacidad, se priorizará, a igual costo, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten o tengan en su planta de personal el mayor porcentaje de personas discapacitadas empleadas”.

(29) Conf. art. 25 inc. d), punto 10 del dec. delegado 1023/2001.

nes del Estado. El Estado nacional debe priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones a personas jurídicas o humanas del ámbito privado que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero”.

La reglamentación (ref. dec. 659/2021) estipula que, si se produjera un empate de ofertas, deberá priorizarse en primer término, a aquella empresa que posea en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero. En el caso de que varias de las empresas igualadas incluyan en su plantel a personas con dichas identidades, deberá priorizarse al oferente que posea el mayor porcentaje de personas travestis, transexuales y transgénero en sus puestos de trabajo.

A fin de hacer valer la preferencia, los oferentes deberán acreditar fehacientemente la relación laboral con el aludido personal y, en su caso, la cantidad mediante la presentación de la documentación que acredite el vínculo laboral.

Dentro del escueto diseño ensayado por la normativa vigente, intentaremos sistematizar cuales habrán de ser los alcances que posee este novedoso esquema de preferencias, el cual se añade —con las complicaciones que puede llegar a suponer— a otras especies que se encuentran vigentes (conf. ley 25.300, ley 27.437, ley 22.431). Cuando aludimos a complicaciones, estamos haciendo referencia a la necesidad de establecer —si es que pudiera corresponder— si alguno de los regímenes tiene primacía respecto de los otros.

El ámbito subjetivo del nuevo régimen normativo abarca, al aludir al término lato de “Estado nacional”, a las jurisdicciones y entidades comprendidas en los incs. a) y b) de la ley 24.156. Por añadidura, las prioridades establecidas también regirán para las empresas públicas en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (30), sea cual fuere tu denominación o tipo. Con relación a ello, la reglamentación acla-

(30) Con relación a su régimen jurídico contractual, ver FLORES, Álvaro B., “El régimen de contrataciones en las formas empresariales del Estado”, Revista de Contrataciones Públicas, nro. 1, Ed. IJ Editores, julio 2019. IJ-DCCLII-86.

ra que para los procedimientos de selección de oferentes que lleven a cabo las Jurisdicciones y Entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8º de la ley 24.156 y sus modificaciones, la Oficina Nacional de Contrataciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros será el organismo competente para dictar las normas complementarias y/o aclaratorias que sean necesarias.

Respecto al ámbito objetivo de aplicación o, mejor dicho, a los tipos contractuales que quedan bajo la órbita del régimen de preferencia, la normativa adolece de una cierta obscuridad terminológica. Como se transcribió *ut supra*, el art. 10 de la ley 27.636 alude a las “compras de insumos y provisiones”, las cuales podrían emparentarse con la adquisición de bienes o el contrato de suministro de derecho público (31). En este entendimiento, la prioridad no resultará aplicable a contratos de tracto sucesivo, tales como el contrato de servicios, de consultoría, de obra y/o de obra pública.

En cuanto al modo en el cual se configura la preferencia o prioridad, se advierte una profusa diferencia entre el régimen recientemente incorporado en nuestro país con relación al previsto en España. Si bien no opera como una causal de inelegibilidad o inhabilidad, el modelo argentino supedita el otorgamiento de la prioridad a que la “empresa” (omnicomprensiva de personas humanas y jurídicas) tenga de manera permanente en su dotación a per-

sonas que ingresen en el ámbito de tutela de la ley 27.636. Por tal motivo, un oferente no podrá hacer valer un compromiso de contratación o de incorporación de travestis, transexuales y transgénero en su plantilla, a los efectos de hacer valer, a todo evento, la prioridad. Entendemos que esta característica guarda relación con la limitación que ha realizado respecto del ámbito objetivo de aplicación, debido a que, parecería pregonarse que la organización empresarial sea la que —cuanto menos de manera no temporaria— realice la incorporación de las personas beneficiadas por la normativa. Siguiendo este razonamiento, por ejemplo, en contratos de obras o servicios la utilización del personal sería —*a priori*— temporal, sin que se le pueda brindar una solución de continuidad.

Por otra parte, la prioridad solamente se confiere ante una igualdad en el “costo” (o precio), soslayando que, la adjudicación del procedimiento de selección puede no necesariamente resolverse por el menor precio, sino apelando a fórmulas polinómicas. Por ende, habría que preguntarse (y cuanto menos aclarar) si la prioridad sería extensiva a los supuestos en los que medie una igualdad en los puntajes que se obtengan en el análisis de las ofertas.

Otro interrogante que se abre es al momento de la ejecución del contrato, atento a que, y más allá de que solamente estarían alcanzados contratos de cumplimiento instantáneo, no existiría una obligación de mantener el número de personas travestis, transexuales y transgénero que fuera denunciado (y acreditado) al momento de la adjudicación.

(31) Realizamos esta aclaración, atento a que, no existe una similitud total con el contrato de suministro regulado en el Cód. Civ. y Com. (conf. art. 1176 y ss.).