

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de marzo de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino

David Andrés Halperin

Estela B. Sacristán

Marzo - Abril 2022 | 140

TEMA SELECCIONADO

Vulnerabilidad

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Jorge Muratorio - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

TEMA SELECCIONADO: Vulnerabilidad

Diálogos entre el derecho administrativo y la vulnerabilidad social <i>Mario Rejtman Farah</i>	3
El rol del juez en contexto de pandemia. El "Pase Libre COVID-19": los derechos individuales frente a los de un colectivo vulnerable <i>María Agustina de Urzaa Nazar</i>	13
Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramientas legislativas <i>Estela B. Sacristán</i>	19

ESTUDIOS

Reflexiones sobre el control judicial de la actividad administrativa <i>Roberto Enrique Luqui</i>	35
Las medidas precautorias en el derecho disciplinario. Especial referencia a la Ley Nacional de Empleo Público y el Régimen de Investigaciones Administrativas aprobado por dec. 467/1999 <i>Fernando Gabriel Comadira</i>	56
Acerca de la denominada "reconducción" procesal <i>Luciano Enrici</i>	85
La cancelación de la otredad. Apuntes de opinión sobre discriminaciones silenciosas en ámbitos áulicos <i>Isaac Augusto Damsky</i>	99
Análisis de la regulación normativa del <i>must carry-must offer</i> en la República Argentina <i>Graciela Mariana Posadas</i>	105
La contratación pública socialmente estratégica <i>Jorge I. Muratorio</i>	122

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PASE SANITARIO

Provincia de Buenos Aires. Poder de policía sanitario. Inexistencia de caso judicial..... 133

PASE SANITARIO

Acción de amparo destinada a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución que crea el llamado "Pase Libre COVID-19". Rechazo. Ausencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta..... 138

¿Derechos afectados frente al pase sanitario COVID-19?

Diego P. Isabella..... 146

COMERCIO DE MEDICAMENTOS

Sociedades excluidas de la posibilidad de ser titulares de farmacias. Facultades concurrentes de las provincias y la Nación. Norma que no contradice a la Nación. Poder de policía sanitaria. Disidencia 150

La *ratio decidendi* del caso "Farmacity": ¿innovación jurídica o aplicación clásica de doctrina jurisprudencial?

Juan B. Garda 173

PROCESOS COLECTIVOS

Impugnación de resoluciones del ENERGAS. Regla temporal de asignación de competencia. Fuero federal. Jueces con asiento en la provincia..... 194

La competencia colectiva contencioso-administrativa de los jueces federales con asiento en las provincias

José Ignacio López..... 200

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UN ADOLESCENTE

Niño institucionalizado. Padecimiento psiquiátrico y de adicción. Influencia del sobreseimiento penal de los profesionales de la comunidad terapéutica donde se encontraba el joven. Actuación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF)..... 208

La responsabilidad del Estado por omisión en el caso de una muerte evitable en un instituto de menores

Yenifer Lozano Loayza 236

LÍMITE DE LA JURISDICCIÓN APELADA

Sentencia que resuelve *extra petita* sobre la constitucionalidad de un decreto. Sanciones administrativas. Procesos disciplinarios. Posibilidad de contar con un defensor. Admisibilidad del recurso extraordinario. Disidencia. Tutela administrativa efectiva. Aplicación de la garantía del proceso penal al proceso sancionatorio administrativo 240

Tutela administrativa efectiva en el procedimiento disciplinario. Rol del abogado en la defensa técnica de los derechos fundamentales

Leandro Salgan Ruiz 248

La contratación pública socialmente estratégica

Jorge I. Muratorio

Sumario: I. El impacto social de la contratación pública.— II. Premisas constitucionales e instrumentos de tutela.— III. Procedimientos de contratación.— IV. Implementación de “cláusulas sociales”.— V. Conclusiones.

I. El impacto social de la contratación pública

La contratación pública estratégica consiste en la utilización de los contratos que celebra el sector público para el cumplimiento de políticas públicas. Así, siguiendo a Gimeno Feliú, los contratos públicos son estratégicos cuando, más allá de su finalidad específica y de su directa satisfacción funcional —provisión de bienes y servicios, etc.— se constituyen en medios para que los poderes públicos orienten y afiancen comportamientos —entre ellos, sociales— de los agentes económicos intervinientes, beneficiosos para el interés general (1).

La contratación pública ha de articular un conjunto importante de variables: la globalización; la integración con otros países; la protección de empresas y/o productos locales, el desarrollo de la industria nacional, especialmente de las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) y determinados sectores productivos; la eficiencia en el gasto público, la mejor relación calidad-precio; la innovación y la sustentabilidad [esta última entendida a su vez como comprensiva de exigencias de tipo ambiental, éticas, económicas, laborales, etc. (2)]; la integridad y la competencia, etc.

(1) GIMENO FELIÚ, José M., "El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)", Aranzadi, España, 2014, p. 39 y ss.

(2) DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos E., "Contratación Pública y Sustentabilidad", Rev. Derecho y Sociedad, 2015, nro. 44, ps. 65-74, disponible en <http://revis->

Es que, como sostiene Rodríguez-Arana Muñoz, la Administración ha de “poner a disposición de los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad con el más elevado compromiso social” (3).

No es concebible, pues, que la contratación pública sea reducida a una mera técnica de provisión de bienes, obras y servicios que requiere la Administración para cumplir sus cometidos públicos, en tanto de ese modo puede también contribuirse al legal y valioso funcionamiento del mercado en el que actúan esos proveedores. Aparece así la contratación pública socialmente estratégica, con impacto social o socialmente responsable.

Es allí donde toma auge ese compromiso y a la vez impacto en el mercado y en la sociedad, que busca la sustentabilidad social en la contratación pública, propendiendo a la generación de empleo, la inclusión, la reconversión, el cumplimiento de las normas laborales, etc.

De acuerdo con lo establecido por la Comisión Europea en la “Guía para tener en cuenta consideraciones sociales en la contratación pública” (4) (en adelante, la “Guía de la contrata-

tas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14388.

(3) RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, "La contratación pública: una relevante política pública", publicado <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/02/05/la-contratacion-publica-una-relevante-politica-publica/>.

(4) Adquisiciones sociales - Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas, 2ª ed., 2021 / C 237/01, <https://op.europa.eu/es/publication->

ción pública social”), “[l]a contratación pública socialmente responsable (CPSR) tiene por objeto abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no solo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue”. Es decir, se “considera a la contratación pública como un instrumento estratégico para gastar el dinero público de manera eficiente y sostenible” (5).

Es así como la contratación pública se presenta como un instrumento al servicio de políticas públicas sociales.

En este sentido es muy clara, por ejemplo, la ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante “LCSP”), en cuyo preámbulo se sostiene que “[e]l sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley... trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia”.

Para ello se prevé en dicha ley que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios con base en la mejor relación calidad-precio, lo cual podrá incluir aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, es decir, cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida (6).

detail/-/publication/47c69b3a-cfcf-11eb-ac72-01aa75e-d71a1/language-es.

(5) Art. 1.1 de la Guía.

(6) Arts. 145 y ccds. LCSP

En ese marco se ha dispuesto allí que las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: el 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 ejecución 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 (7).

II. Premisas constitucionales e instrumentos de tutela

En nuestro caso, de momento y a nivel nacional, es posible derivar el principio de sustentabilidad social de las contrataciones públicas, de una serie de premisas constitucionales.

Así, destacamos el derecho a un ambiente sano para el desarrollo humano y las actividades productivas (art. 41, CN); la obligación del Estado de proveer las medidas necesarias para el progreso económico con inclusión social, la mejora de la productividad de la economía nacional, la generación de empleo y la formación profesional de los trabajadores; la promoción de políticas que tiendan a equilibrar el desarrollo de provincias y regiones, el respeto a la identidad de las poblaciones indígenas y a la gestión de sus recursos naturales (art. 75, incs. 17, 18, 19

(7) Art. 145 de la LCSP. Inclusive se han dictado leyes específicas, tal como el caso de la ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-1791>).

y ccs., CN) y la necesidad de adoptar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos (art. 75, inc. 23, CN) **(8)**.

Sobre esta base constitucional, entonces, es posible fundar el actuar de la Administración para promover una contratación pública socialmente estratégica.

En cuanto a los principios que se pretenden aplicar, resulta también de utilidad lo establecido por la Comisión Europea en la Guía de la Contratación Pública Social, en el sentido que los compradores públicos pueden fomentar a través de la inclusión de cláusulas de contenido social: las oportunidades de empleo; la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional de los trabajadores; el trabajo digno; la inclusión social; la igualdad de género; la no discriminación; la accesibilidad; el comercio ético y tratar de lograr un cumplimiento más amplio de las normas sociales.

En el mismo sentido se establece en esa guía que la compra pública socialmente responsable puede impulsar oportunidades laborales para los jóvenes y trabajadores de más edad; la igualdad de género (por ejemplo, facilitando la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, reduciendo la segregación sectorial y ocupacional, y garantizando la igualdad de trato en el puesto de trabajo); oportunidades laborales para las personas en situación de exclusión social por ser paradas de larga duración, carecer de hogar, discriminación o ser vulnerables por otros motivos; oportunidades de participación social y empleo para las personas con discapacidad, entre otras cosas mediante entornos de trabajo inclusivos y accesibles; la mejora de las políticas en materia de diversidad, la inclusión social y las oportunidades laborales para personas de colectivos desfavorecidos (por ejemplo, trabajadores migrantes, personas pertenecientes a minorías raciales o étnicas, minorías religiosas, personas con un nivel educativo bajo, y personas en riesgo de sufrir pobreza y exclusión social); y oportunidades de formación comple-

(8) FLORES, Álvaro B., "La inserción de la compra social en la República Argentina", en GIMENO FELIÚ, José M. (dir.), obra colectiva, Observatorio de los contratos públicos 2020, Aranzadi, España, 2021, p. 291.

mentaria y reciclaje profesional para todos los trabajadores.

Asimismo, cabe recordar que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por Naciones Unidas en 2015 y firmada por 193 países entre los cuales se encuentra la República Argentina, recepta las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental **(9)**. En este documento se establecieron 17 Objetivos y 169 Metas que deberán ser cumplidos al 2030. El Objetivo 12 consiste en "Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles" e incluye la Meta 12.7. "Promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales".

En nuestro país los Objetivos del Desarrollo Sostenible ("ODS") ya han tenido recepción específica en materia de contrataciones públicas **(10)**.

Así, a nivel provincial, por ejemplo, Mendoza ha establecido en su normativa de contrataciones **(11)** que cualquiera sea el procedimiento de selección, la adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el licitante, teniendo en cuenta, en primer término, el mejor precio ofertado. Junto a este se ponderarán, mediante grillas de evaluación y puntajes, la solvencia y capacidad empresaria de los oferentes; y esta última valorada en razón de sus antecedentes y de las certificaciones de calidad de sus procesos y actividades empresarias, especialmente, entre otros, mediante indicadores demostrativos de la observancia de los Principios y Objetivos de Desarrollo Sostenible

(9) <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

(10) La regulación de la contratación pública corresponde a cada una de las jurisdicciones estatales: nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. Tal es lo que sucede cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza administrativa, en los cuales una provincia actúa en carácter y utilizando facultades de poder administrador, conforme su propia normativa (CSJN, 16/12/2014, "Río Negro, provincia de c. AYCSA Tensis SA y otra s/ cobro de pesos", Fallos 337:1503 y jurisprudencia allí citada).

(11) Art. 149 de la ley 8706 modificada por ley 9193 (2019).

proclamados por el Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas, conforme Resoluciones de la Asamblea General N° 70/1 del 25 de septiembre de 2015 y demás que la complementen o modifiquen.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“CABA”) en el régimen de contrataciones general se incluye entre los principios generales que rigen las contrataciones y adquisiciones, el de sustentabilidad, de modo que se debe promover de manera gradual y progresiva la adecuada y efectiva instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas (12). Y en el mismo sentido la regulación de la obra pública incluye entre sus principios generales al de la prohibición de fraude laboral en cualquiera de sus formas y modalidades y al de trabajo seguro para los empleados del contratista, con fiel cumplimiento de la normativa vigente en materia de higiene y seguridad (13).

A nivel nacional, corresponde mencionar que la Oficina Nacional de Contrataciones (“ONC”), órgano rector del RCAN, tiene a su cargo la promoción de la contratación pública con sustentabilidad social (14), con amplias facultades para desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas. De hecho, ha sostenido la ONC que “[e]l principio de sustentabilidad se proyecta sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente” (15).

En este marco la ONC ha dictado un “Manual de Compras Públicas Sustentables” (2017),

(12) Art. 7° de la ley 2095. Ver reglamentación.

(13) Art. 3° de la ley 6246, Régimen de contrataciones de obra pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(14) Art. 115, del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por dec. 1030/2016 (“RRCAN”).

(15) Dictamen ONC IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

en el cual se sostiene que el Estado tiene un rol central en cuanto a la incidencia que sus decisiones de compra adquieren en los mercados y, por lo tanto, en su capacidad de generar prácticas socialmente inclusivas. Asimismo se destaca allí que la incorporación de criterios sociales de sustentabilidad implica garantizar el respeto de los derechos humanos; el cumplimiento de condiciones laborales dignas y otros derechos laborales; la erradicación de trabajo infantil y protección del trabajo adolescente; la equidad laboral de hombres y mujeres; la no discriminación en razón de raza, religión, opinión o sexo; la formación y educación ambiental; la promoción de la participación en el mercado de micro, pequeñas y medianas empresa (importantes entre otros aspectos por su aporte a la generación de empleo) y el respeto a la diversidad.

Asimismo, la ONC (16) ha entendido que a través del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec. 1023/01 (“RCAN”), se otorgan herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social; las mejores condiciones éticas y económicas; el crecimiento de determinados sectores; la generación de empleo; y la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros aspectos.

III. Procedimientos de contratación

Si bien la regla de los regímenes de contrataciones es la licitación pública (17), en primer

(16) Dictámenes ONC 21/2013 y 357/2014.

(17) Tal como lo ha entendido nuestra Corte Suprema, “el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobrepuestos” (CSJN, “CardiCorp SRL c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/cobro”, 27/12/2006, Fallos 329:5976). La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se aprobara por ley 26.097 (“CNUCC”) para regir en nuestro país, instituye que el Estado de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, debe establecer un sistema apropiado de contratación pública, basado en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones. Luego, las distintas leyes —y decretos con igual sustancia— que regulan la contratación de la Administración Pública nacional establecen claramente que la regla es la licitación

término, es posible que la contratación pública socialmente sostenible en determinados casos permita la contratación directa con los proveedores de tales bienes o servicios.

Así sucede, por ejemplo, para el caso de contrataciones con personas socialmente vulnerables que se pretende incluir —de modo individual o a través de cooperativas— en la economía formal.

En el RCAN está, pues, prevista la contratación directa con efectores de desarrollo local y economía social (18), quienes deberán encontrarse inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social (REDLES), creado para facilitar, a aquellas personas que están realizando una única actividad productiva y ven dificultada su inserción en la economía formal por estar en una situación de vulnerabilidad social, el desarrollo de su actividad y el incremento de sus ingresos, a partir de la posibilidad de facturar (Monotributo social) y de ese modo incorporar nuevos compradores o clientes.

Se explica allí la noción de vulnerabilidad social como identificada con grupos sociales, hogares e individuos que por su menor disponibilidad de activos materiales (ingresos, vivienda) y no materiales (protección social: salud, educación y seguridad social), quedan expuestos a sufrir alteraciones bruscas y significativas en sus niveles de vida, especialmente ante cambios en la situación laboral de sus miembros activos.

o concurso públicos conforme surge de diversas normas de jerarquía legal, tales como el art. 24 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec. 1023/2001 ("RCAN"); el art. 10 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por dec. 1030/2016 ("RRCAN"); el art. 9° de la ley 13.064 de Obras Públicas ("LOP"); el art. 4° de la ley 17.520 de Concesión de Obra Pública ("LCOP"); el art. 18 de la ley 23.696 de Reforma del Estado ("LRE"); el art. 12 de la ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada ("LCPPP") y el art. 6° del Régimen Nacional de Iniciativa Privada aprobado por dec. 966/2005 ("RNIP").

(18) Art. 25, inc. d, ap. 10 del RCAN y art. 24 RRCAN. El "Manual de procedimiento para las contrataciones" prevé que la unidad operativa de contrataciones enviará invitaciones a por lo menos tres efectores; en el caso del Ministerio de Desarrollo Social podrá efectuar el pedido de cotización a un efector (art. 60).

Un ejemplo: la contratación de la confección de 5000 guardapolvos a cooperativas de trabajo inscriptas en REDLES (19).

IV. Implementación de "cláusulas sociales"

Por otra parte, son diversas las formas en las cuales se pueden incorporar cláusulas en los documentos que conforman las contrataciones públicas, cuyo contenido sea la promoción de los aspectos sociales que se vienen considerando.

La ONC ha entendido que, respecto de la documentación licitatoria, las opciones son: Incluir las cláusulas particulares del pliego, como una condición del contrato o bien como un criterio de evaluación de la oferta; que estén determinadas por el objeto del contrato, cuando se pretenda adquirir o contratar un bien o servicio sustentable; que esté explicitado en las especificaciones técnicas, es decir especificaciones técnicas de carácter sustentable (20).

Asimismo, se entiende que estas exigencias pueden aparecer primero como condiciones de exclusión de la habilitación para contratar con la Administración pública; luego como condiciones de solvencia; como criterios de adjudicación y también como condiciones especiales de ejecución (21).

En efecto, como condiciones de exclusión con "contenido social", nuestro régimen contempla como no habilitados el caso de las personas humanas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones previsionales y el de los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales

(19) Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Coordinación, Monitoreo y Logística, disposición 1116 - E/2016.

(20) Dictamen ONC IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

(21) Podría agregarse, inclusive, durante la auditoría o control ex post (ALICIARDI, Belén El Estado como consumidor responsable: las compras públicas sustentables en Argentina, disponible en <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/06/23/el-estado-como-consumidor-responsable-las-compras-publicas-sustentables-en-argentina/>)

(REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro **(22)**.

En la misma línea la ya mencionada LCSP prohíbe contratar con empresas de 50 o más trabajadores, si no cumplen el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad **(23)**.

Como condiciones de solvencia, puede requerirse la acreditación mediante certificaciones —v.gr. ISO— del cumplimiento de la normativa de higiene y seguridad laboral **(24)**. Por supuesto que siempre que se exija una certificación será posible acreditar lo requerido mediante otra similar o bien directamente con la presentación de la documentación pertinente **(25)**.

Como criterio de adjudicación, las exigencias en materia social deberán estar relacionadas y ser proporcionadas con el objeto del contrato, es decir con las prestaciones principales del contratista.

En el ámbito de la LCSP, como se ha visto más arriba, se ha regulado que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, con arreglo a criterios económicos y cualitativos, los cuales podrán incluir aspectos sociales, vinculados al objeto del contrato. Esto supone que tal criterio se refiere o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y

(22) Art. 28 del RCAN. Este último caso fue incorporado por el art. 44 de la ley 26.940 (2014).

(23) Art. 71, inc. d de la LCSP, conforme art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

(24) Sobre los distintos niveles de certificación, RUMI, Romina, BENGOLEA, Federico y PORTILLO, Hugo "ITBA: Informe de Compras Sustentables" disponible en <https://www.itba.edu.ar/intranet/ols/wp-content/uploads/sites/4/2019/04/Informe-de-Compras-Sustentables-OLS.pdf>.

(25) Como explica la ONC, la exigencia de contar con una determinada certificación deberá interpretarse simplemente como un estándar representativo de las características generales de la certificación requerida (Dictamen ONC 357/2014).

en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización y socialmente sostenibles y justas; o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material **(26)**.

Y como condiciones especiales de ejecución puede requerirse la contratación de determinada cantidad de trabajadores que requieren ser incluidos. Así, en materia de discapacidad el dec. 312/10 demanda que en aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación empleada, se encuentre o no comprendida esta en el RCAN 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 4% de la totalidad del personal afectado a ella **(27)**.

Esto se concreta por ejemplo con una declaración jurada que se adjunta a la oferta —y luego, claro está, con su cumplimiento— tal como puede verse en la contratación del Acuerdo Marco de Contratación del servicio de telefonía celular móvil, radio y transferencia de datos realizado por la Administración pública nacional **(28)**.

También es posible que se requiera cumplir con porcentajes o cantidades de trabajadores locales, o emplear destinatarios de viviendas sociales, y, en el ámbito de las concesiones de obras y/o servicios públicos, la asignación de trabajos a cooperativas de inclusión social (ej. maleteros en terminales de ómnibus) y la absorción de empleados del concesionario anterior.

Respecto de esto último, por ejemplo, en materia de transporte automotor de pasajeros de

(26) Art. 145 de la LCSP.

(27) Art. 7°

(28) Downloads/IF-2018-06034471-APN-ONC%23MM.pdf.

larga distancia a nivel nacional se ha previsto el otorgamiento de autorizaciones precarias para la prestación de servicios públicos comprometidos por caducidad, suspensión o abandono del permiso, cuya continuidad requiere del compromiso de absorción del personal dependiente de la empresa prestataria de los servicios a cubrir (29).

En el caso del Pliego de la Licitación Pública nacional e internacional para la concesión de la operación y mantenimiento de la Red de Subterráneos y Premetro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se previó que el nuevo concesionario debía absorber a su exclusivo costo y cargo el personal en relación de dependencia —con excepción del nivel gerencial— del anterior concesionario, el cual debía mantenerse en las mismas condiciones en que se encontraba. Todo distracto posterior quedaría íntegramente a su cargo. Y se requeriría autorización del comitente para incorporar nuevo personal en relación de dependencia, acordar aumentos de sueldo por fuera de las paritarias correspondientes, acordar ascensos, beneficios, adicionales y/o cualquier otra modificación de los contratos de trabajo y crear nuevas categorías laborales y/o modificar el organigrama o escalafón (30).

En la Licitación Pública 12/19 para la concesión de Obra Pública para la Construcción, Conservación y Explotación de la Terminal en Puerto Nuevo, se previó en el Pliego General que el adjudicatario del contrato de concesión deberá incorporar a los trabajadores representados, incluyendo los tercerizados que hayan prestado servicios hasta determinada fecha (conforme planilla agregada) no pudiendo el adjudicatario efectuar despidos de dichos trabajadores, salvo por justa causa, por un período de 20 meses desde el comienzo de las operaciones del nuevo concesionario.

En ambos supuestos se exige la absorción de personal y se permiten los posteriores despidos

(29) Resolución de la Secretaría de Gestión del Transporte 180/18.

(30) https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/pliego_de_bases_y_condiciones_concesion_servicio_subte_1.pdf.

(propio de la libertad de empresa), solo que en el segundo caso con un plazo de espera.

Para todos los casos resultará de interés lo establecido por la ONC respecto de cláusulas de sustentabilidad, en cuanto a que: (i) se instrumenten en forma razonable —deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, el adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente— y transparente, mientras no se vulneren los principios que rigen la contratación pública; (ii) al tratarse de cláusulas contractuales que podrían limitar o restringir la libre concurrencia, son de interpretación restrictiva; (iii) deben estar razonable y debidamente fundadas “en forma clara y concreta, los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios afines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar”; (iv) “[l]a evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción (Dictamen ONC 21/2013)”; (v) las certificaciones de calidad deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar documentación distinta a la establecida en la normativa de contrataciones (31).

V. Conclusiones

Conforme lo hasta aquí expuesto, entendemos que resulta de gran relevancia la contratación pública socialmente estratégica, en la cual la Administración se propone que a través del contrato se cumplan las finalidades sociales que hacen a la generación de empleo y al bienestar general del trabajador.

Asimismo, esto es un imperativo que en nuestro caso viene dado por premisas constitucionales y por instrumentos internacionales, tales

(31) Dictamen ONC 357/2014.

como los ODS. También se advierte tal exigencia en el derecho comunitario europeo de la contratación pública.

Sin dudas en nuestro actual régimen nacional de contrataciones públicas es incipiente cuanto se ha receptado al respecto y queda mucho camino por recorrer para estar a tono con lo expuesto.

Sí es importante que en ello se tenga especialmente en cuenta que las cláusulas sociales tengan vinculación con el objeto del contrato; que

sean fundadas y razonables, que se garantice la publicidad, la transparencia y la competencia; que se tutele la “libertad de empresa”, evitar el “*dumping* social”, la discriminación, y la generación de categorías sospechosas y semi-sospechosas al querer proteger a trabajadores vulnerables, entre otros aspectos.

En definitiva, la contratación pública socialmente estratégica ha de incorporarse conciliando los principios propios de ambas materias para producir resultados valiosos y justos para todas las partes.