



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DE LOS FACTORES DE EVALUACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Getulio Ordinola-Talledo

Piura, setiembre de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Ordinola, G. (2015). *Propuesta de actualización de los factores de evaluación en las contrataciones del Estado. Sostenibilidad ambiental como punto de partida*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



UNIVERSIDAD DE PIURA
Facultad de Derecho

**PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DE LOS
FACTORES DE EVALUACIÓN EN LAS
CONTRATACIONES DEL ESTADO. SOSTENIBILIDAD
AMBIENTAL COMO PUNTO DE PARTIDA.**

Tesis que presenta el Bachiller Getulio Iván Ordinola Talledo para optar
el Título de Abogado, dirigida por el Dr. Antonio Abruña Puyol.

PIURA, SEPTIEMBRE 2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “*PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DE LOS FACTORES DE EVALUACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL COMO PUNTO DE PARTIDA.*”, presentada por GETULIO IVÁN ORDINOLA TALLEDO en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Dr. Antonio Abruña Puyol.

Dr. Antonio Abruña Puyol.

DEDICATORIA

A DIOS por sus infinitas muestras de amor, a mis padres y hermanos Melissa, Ricardo y Fabio, y en especial a Elisabeth y Astrid –mi eterna compañera– quienes día a día me motivan a seguir adelante, y principalmente por hacer de cada momento de mi vida una oportunidad de amor y sacrificio.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial a mi asesor de tesis, Dr. ANTONIO ABRUÑA PUYOL, por su paciencia, y sobre todo a sus acertadas observaciones y consejos que trascienden la presente investigación.

INDICE

Abreviaturas y siglas	
Introducción	01
Capítulo Primero	05
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017	05
1 Consideraciones generales	05
2 Impacto socioeconómico de las Compras Públicas	13
3 Panorama actual medioambiental en el marco de las contrataciones públicas	17
3.1. Acuerdos Internacionales	17
3.2. Política Nacional del Ambiente	20
4. Sostenibilidad Ambiental	23
4.1. ¿Qué es la sostenibilidad ambiental?	23

4.2.	Acertada positivización de la sostenibilidad ambiental	27
4.3.	Deberes de la Administración Pública y de los colaboradores privados	30
4.4.	Instrumentos técnicos de Gestión Ambiental	34
4.4.1.	Especial referencia a los Estudios de Impacto Ambiental	38
4.5.	¿Aplicación práctica o principio retórico?	41
5.	Las Compras Públicas Verdes como una herramienta pública seguida en otros ordenamientos jurídicos.	44
5.1.	Herramientas públicas en la Unión Europea	44
5.2.	Herramientas públicas en España	46
Capítulo Segundo		
IMPLEMENTACIÓN DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE O SOSTENIBLE		51
1.	Un necesario paso previo	51
2.	Generalidades para la evaluación de la oferta. En especial de la Propuesta Técnica	62
2.1.	Actual regulación de los factores de evaluación de la propuesta técnica	64
2.2.	¿Cómo y de qué manera fomentar una contratación pública sostenible? Un criterio adicional para la evaluación de la propuesta técnica.	68
2.3.	Hacia una labor planificadora del Titular de la Entidad, el Área Usuaria y el Comité Especial en la fase <i>in fieri</i> de los procesos de selección	71
3.	Papel del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y el Ministerio del Ambiente – MINAM	77
3.1.	Importancia de las bases estandarizadas	79
3.2.	Ecoetiqueta como un innovador filtro técnico ambiental	84
4.	Toma de Postura	89

CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	97
LINKOGRAFÍA	105
LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA	109
JURISPRUDENCIA	111

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AA	Acción de amparo.
art.	Artículo.
CC	Código Civil peruano.
CCPV	Compra y Contratación Pública Verde.
Cfr.	Confróntese.
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
Coord.	Coordinador.
CP	Constitución Política del Perú.
DOP	Dirección de Operaciones del CONSUCODE (Hoy OSCE).
DTN	Dirección Técnica Normativa del OSCE.
DSU	Dirección de Supervisión del OSCE.
Ed.	Edición.
EFA	Entidades de Fiscalización Ambiental.

EIA	Estudios de Impacto Ambiental.
EXP.	Expediente.
GTN	Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE (Hoy OSCE).
ITA IUS ESTO	Revista de Derecho integrada por los alumnos de la Universidad de Piura.
LCE	Ley de Contrataciones del Estado.
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público.
LGA	Ley General del Ambiente.
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General.
LSNIA	Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental.
MINAM	Ministerio del Ambiente.
NLCE	Nueva Ley de Contrataciones del Estado.
N°	Número.
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
p.	página.
pp.	páginas.
PA	Proceso de amparo.
PBI	Producto Bruto Interno.
PI	Proceso de inconstitucionalidad.
PLANAA	Plan Nacional de Acción Ambiental.

PRLCE	Proyecto del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
RCDA	Revista Catalana de Dret Ambiental.
Revista PUCP	Revista de Derecho editada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
RLCE Estado.	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
RTM	Requerimiento Técnico Mínimo.
RUDEP	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
ss.	siguientes.
TC	Tribunal Constitucional.
Themis	Revista de Derecho editada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
TJCE	Tribunal de Justicia Comunitario Europeo.
Unión Europea	UE
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Actualmente, las contrataciones públicas más allá del aluvión normativo existente afrontan graves casos de corrupción, carencia de capacidad eficiente del gasto público, obras públicas presupuestadas sin ejecutar, o ejecutadas parcialmente por no contar con la disponibilidad presupuestal, excesivo formalismo que en muchos casos elimina la posibilidad de una real competencia, lentitud de los procedimientos de selección, entre otros.

No obstante ello, uno de los problemas más significativos que enfrenta la sociedad es el constante deterioro del medio ambiente a consecuencia de la inadecuada actividad contractual del Estado en la que los actores involucrados, especialmente la Administración Pública, no armonizan los criterios técnicos – económicos con los criterios ambientales – sostenibles que, paradójicamente, el propio marco normativo del Decreto Legislativo N° 1017 garantiza al consagrar el principio de sostenibilidad ambiental, y las distintas leyes sectoriales que lo sintetizan, por medio de formulaciones generales que suelen expresarse en la obligación de conservar el medio ambiente. En este escenario, resulta innegable que la Ley de Contrataciones del Estado es la que mayores críticas ha recibido por no saber afrontar el real protagonismo que la sostenibilidad ambiental supone en el desarrollo económico del país. Por ello, a lo largo del presente trabajo se encontrarán situaciones discutidas a nivel legal y jurisprudencial en el

Derecho comparado, con ideas pertinentes extraídas y trasladables a nuestro objeto de estudio.

Pese a ello, acertadamente la Contratación Estatal es la herramienta de gestión pública por excelencia, mediante la cual se ejecuta la mayor parte del gasto público, procurando realizar un manejo adecuado de los recursos públicos. Siendo así, se debe exigir la realización de una evaluación integral de las ofertas brindadas en el mercado y optar por la más beneficiosa en términos de costo, calidad y oportunidad. En suma, es imprescindible la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública por medio de la celebración del respectivo acuerdo, el cual que se encuentra definido jurídicamente como un contrato administrativo.

Por otro lado, resulta pertinente hacer referencia a la presencia de obstáculos para el logro de proyectos y metas sociales, los cuales son atribuidos únicamente al marco normativo de la Contratación Pública. Sin embargo, se olvida que el éxito del sistema inicia y es determinante en una fase interior y preparatoria de la Entidad Contratante, momento en el cual se forma su “voluntad contractual”, es así que en la mecánica de las contrataciones públicas claramente se pueden distinguir tres etapas: etapa de los actos preparatorios, etapa selectiva y etapa de ejecución contractual. La etapa de actos preparatorios y la selectiva coincide – procedimentalmente, más no sustancialmente– en lo que se conoce como fase *in fieri* del contrato. Al respecto, el estudio de esta investigación se centrará en la incidencia del principio de sostenibilidad ambiental en la etapa anterior a la ejecución contractual, esto es, en la etapa preparatoria o fase *in fieri* del contrato público.

Bajo estas consideraciones, la línea investigadora del presente trabajo se divide en dos capítulos. El primero titulado “Contratación pública en el marco del Decreto Legislativo N° 1017”, en el cual se desarrolla la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico en tanto no contiene una norma que de manera general y sistemática regule todo el conglomerado de la actividad contractual del Estado, sino que dicha actividad es regulada por el mencionado decreto legislativo y por los regímenes sectoriales. Asimismo, se pone especial énfasis en el impacto económico y social de la contratación pública, el cual tiene que ir en

línea horizontal con una adecuada protección ambiental consagrada en instrumentos internacionales e integrados a nuestro ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, en este capítulo se desarrollará el principio de sostenibilidad ambiental, que a pesar de su acertado reconocimiento expreso en la Ley de Contrataciones del Estado, aún no se desarrollan técnicas concretas para su adecuada articulación en el sistema contractual y así posibilitar su correcta ejecución, pues la falta de objetividad en la determinación de criterios de evaluación dificultan que el actual tráfico de contrataciones del Estado sea eficiente, en términos de calidad ambiental. Por ello se concluye que la política de contrataciones públicas resulta ser el mejor móvil para fomentar otras políticas públicas como la ambiental. En este punto es que se recurre a la experiencia comparada, puntualizando sobre las ventajas de un sistema de compras verdes, así como las barreras normativas para su implementación.

El segundo capítulo titulado “Implementación de una contratación pública verde o sostenible”, tiene por objetivo exponer la posibilidad de integrar criterios de sostenibilidad ambiental en las compras públicas, y la proyección que nuestro actual sistema de contratación pública está adquiriendo, pues se expondrá brevemente las reuniones de trabajo que vienen entablando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Ministerio del Ambiente (MINAM) con relación a un sistema de compras públicas sostenibles y eco-etiquetado. Con ello, se muestra que la urgencia de valorar positivamente un adecuado comportamiento ambiental no es una mera especulación proyectada, sino que se fundamenta en una base sólida, las mismas que serán expuestas de manera detallada, a las luces y sombras de la normatividad, además de cierta jurisprudencia nacional y extranjera.

La propuesta planteada en este capítulo es bastante compleja, pues reclama transitar constantemente entre distintos escenarios normativos a fin de asentar una política de compras verdes, partiendo de la premisa inamovible que todas las actuaciones gubernamentales exigen que se lleven a cabo valoraciones totalmente objetivas de qué es lo más conveniente para la satisfacción del interés público, incluso dicha

concretización ha de estar presente en la “voluntad” interna de cada entidad pública.

En suma, con la presente investigación se busca poner énfasis en el poco –por no decir nulo– alcance práctico que el principio de sostenibilidad ambiental tiene en nuestro sistema de contrataciones públicas. Asimismo, se propone la inclusión legislativa de un criterio ambiental como factor de evaluación desde el punto de vista técnico, con lo cual se introduce el componente ambiental en los bienes, servicios u obras a contratar. Consecuencia de ello, y como un aliado estratégico para el éxito de la propuesta planteada se tornará imprescindible un rol más protagónico y eficiente del Ministerio del Ambiente. Además, otro punto de apoyo a la propuesta será una idónea y constante concientización de todos los agentes económicos inmersos en el tráfico contractual del Estado, es decir, fomentar una cultura de protección medioambiental en todo este campo contractual que cada vez se torna más presente en los debates políticos y no sólo por su considerable importancia económica-social, sino por la búsqueda de una regulación mejor estructurada y apegada a las nuevas tendencias internacionales para anular cualquier espacio de vulnerabilidad a la misma.

Concluyo esta introducción, indicando que la propuesta desarrollada en este trabajo quedará despejada con la estructura normativa definitiva que presentará la Reglamentación de la Ley N° 30225 próxima a ser expedida y publicada, aunque podremos predecir algunos aciertos y desaciertos –si no se modifican– de la propuesta a raíz de la reciente expedición del Proyecto del Reglamento.

CAPÍTULO PRIMERO

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017

1 Consideraciones generales

La Administración Pública tiene diversos institutos jurídicos por medio de los cuales fomenta la actividad de los particulares para contribuir a la planificación y gestión de conductas socioeconómicas, siempre en beneficio de los intereses generales¹.

Dichos institutos jurídicos son los medios con los cuales cuenta la Administración Pública para concretar sus objetivos, que esencialmente

¹ Cfr. MARTÍN MATEO, R. y Díez SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, 29ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 381- 384. Para estos autores, las técnicas en España para obtener la colaboración de los particulares va desde instrumentos unilaterales –tales, como imposiciones, prestaciones personales obligatorias, confiscaciones, expropiaciones y ordenaciones autoritarias de la economía– hasta medidas bilaterales, encontrándose en este último grupo, a “los contratos, como coincidencia de intereses entre la Administración y los administrados, que se canaliza a través de un procedimiento formal y desemboca en la realización de ciertas prestaciones y contraprestaciones por parte de la los agentes involucrados (...)”. Sin embargo, esto no debe entenderse como si se tratara de un acto administrativo bilateral, pues únicamente se requiere la inserción de la voluntad del administrado ofreciendo su disponibilidad de contratar con la Administración pública.

se reconducen a una categoría abstracta: el acto administrativo, el cual es definido como “toda declaración de la Administración Pública productora de efectos jurídicos en ejercicio de una potestad administrativa”². Los contratos públicos son una clase de acto administrativo que se perfeccionan por un acto unilateral en ejercicio de una potestad de la Administración Pública, necesitado de previa aceptación, la cual no convierte al contrato público en un acto administrativo bilateral, pues la Administración Pública previamente – concluido un procedimiento administrativo– ha manifestado su voluntad de adjudicar la buena pro a un postor en particular³.

La Administración Pública tiene la función de contratar mediante una serie de actos públicos, y lo materializa a través de la elección de la mejor oferta, pues se busca la satisfacción del interés general, encontrándose regulada, entre normas sustantivas, adjetivas y principios que la dotan de dinamismo jurídico⁴. Por esta razón, se debe tener en

² ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Novena, El Acto Administrativo*, Universidad de Piura, revisión julio 2014, pro manuscrito, p. 2. No opina de igual manera, SALAZAR CHÁVEZ, R., “Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras”, *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, pp. 24 y ss, quien clasifica a la función administrativa en cinco manifestaciones: el reglamento, el acto administrativo, acto administrativo interno, hecho administrativo y la contratación pública. No obstante ello, es claro que tanto el reglamento (acto administrativo normativo), como la contratación estatal son actos administrativos unilaterales en ejercicio de una potestad administrativa, produciendo efectos jurídicos sobre sus destinatarios. De similar posición a la de RICARDO SALAZAR se encuentra ROBERTO DROMI, quien al parecer tiene una concepción funcional de la actividad realizada por la Administración Pública, puesto que sostiene que las formas de manifestación del continente jurídico de la función administrativa se debe como consecuencia de un nuevo “estado relocalizado”, lo que significa una transformación en lo económico, administrativo, social, institucional y jurídico, permitiendo perfilar nuevos roles del estado, tales como orientar, organizar, administrar, planificar, servir, fiscalizar, proteger, garantizar, regular y distribuir. (Cfr. *Derecho Administrativo, T.I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 89–95).

³ *Ídem*, p.16.

⁴ Los profesores ABRUÑA PUYOL Y BACA ONETO indican que el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración son condicionantes de la legitimidad de la Administración Pública para contratar, de modo que no actúa con libertad, sino con discrecionalidad (*Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección*

cuenta que la actividad contractual, como el resto de actuaciones administrativas, se encuentra vinculada positivamente al ordenamiento jurídico, requiriendo una causa propia jurídico-pública para la validez del acto contractual⁵.

La noción de contrato público dada por nuestro legislador es similar a la noción de contrato civil. No obstante, la diferencia radica que en los contratos públicos, por lo menos una de las partes de la relación contractual es una organización de la Administración Pública, la cual está ejerciendo una potestad pública –específicamente, una potestad administrativa– con el objetivo de materializar intereses públicos⁶.

En el Perú no existe un régimen unitario que consolide toda la actividad contractual del Estado –lo que el profesor BACA ONETO llama contratos públicos– sino que se encuentran dispersos en marcos legales especiales, siendo los contratos regulados en la Ley de Contrataciones del Estado que suscribe la Administración Pública con más frecuencia, y que cuentan con un desarrollo normativo particular, tal y como, acertadamente, lo establece DANÓS ORDOÑEZ⁷. En nuestro ordenamiento, los contratos públicos se encuentran regulados en distintas normas, así⁸:

Décima Quinta, Contratos Públicos, Universidad de Piura, revisión abril 2014, pro manuscrito, p. 3).

⁵ Al respecto, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La causa jurídica – pública de los contratos públicos”, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 695 y ss. Señala que “los contratos públicos no se sustentan en el consentimiento de las partes, en su respectiva autonomía de la voluntad (aunque ésta juegue sin duda un papel en quien, siendo sujeto privado, se vincula contractualmente con la Administración), sino en un acto jurídico – publico dictado en aplicación del ordenamiento jurídico para la consecución de unos determinados fines públicos”.

⁶ El numeral 13° del Anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, contiene una definición legal semejante a la normativa civil contenida en el artículo 1351° del CC peruano. Sobre el particular puede verse, ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Quinta, Contratos Públicos*, cit., p. 8. En el cual se aborda la consecuencia aparente que conllevaría la similitud de redacciones, en el sentido que el contrato publico podría – erróneamente– llegar a ser considerado como un acto jurídico-administrativo bilateral.

⁷ DANÓS ORDOÑEZ, J., “El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”, en *Revista de Derecho ITA IUS ESTO*, Universidad de Piura, Piura, noviembre 2012, p. 162.

⁸ En esto seguimos al profesor VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO.

- Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras, es decir, los contratos de gestión patrimonial de colaboración, regulados en el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado del 04 de junio de 2008, modificado por la Ley N° 29873 del 01 de junio de 2012 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF del 01 de enero de 2009. Actualmente, el 11 de julio de 2014 se promulgó la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, la misma que se encuentra en *vacatio legis* hasta que se apruebe su reglamentación mediante el correspondiente decreto supremo. Al respecto, cabe mencionar que el 06 de julio de 2015 se ha expedido el Proyecto de Reglamento por Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15.
- Los contratos – Ley o convenios de estabilidad jurídica, básicamente regulados en el Decreto Legislativo N° 662 del 02 de septiembre de 1991, que otorga ciertas garantías a la Inversión Extranjera y el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada del 13 de noviembre de 1991, como principal promotor del auge económico, donde el Estado se compromete a brindar ciertas seguridades jurídicas y tributarias mínimas para que los inversionistas perciban un marco de actuación concreto y real.
- Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura, regulados de manera general por el T.U.O-Decreto Supremo N° 059-96-PCM del 27 de diciembre de 1996, que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos y su reglamento aprobado por T.U.O-Decreto Supremo N° 060-96-PCM del 28 de diciembre de 1996.
- Los contratos para la disposición de bienes del Estado, conocidos por la doctrina como los llamados contratos de gestión patrimonial de atribución, regulados en la Ley N°

29151, Ley del Sistema de Bienes Nacionales del 14 de diciembre de 2007 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA del 15 de marzo de 2008.

- Los contratos de Asociación Pública Privada regulados por la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada del 13 de agosto de 2003; el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público Privadas del 13 de mayo de 2008, para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF del 30 de mayo de 2014.
- Los convenios interadministrativos, regulados de manera general en los artículos 76° al 79° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General del 11 de abril de 2001, en cuyas relaciones jurídicas las entidades públicas deben fomentar y practicar sistemas de colaboración y cooperación que les permitan intercambiar información y servicios mutuos, todo en función al interés general.
- Los convenios de financiamiento del Estado (endeudamiento interno y externo) regulada por el T.U.O-Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento aprobada por el Decreto Supremo N° 008-2014-EF del 15 de enero de 2014.
- Los contratos de personal, regulada básicamente en el Decreto Legislativo N° 276 del 24 de marzo de 1984, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público para los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública; T.U.O-Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral del 27 de marzo de 1997 referido al régimen privado aplicado por algunas entidades públicas⁹; y el Decreto Legislativo N° 1057

⁹ No obstante ello, actualmente existe una fuerte resistencia por la aplicación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil del 04 de julio de 2013, que busca establecer un régimen único a los trabajadores del Estado ante la dispersión normativa existente. Al

del 28 de junio de 2008, que regula el régimen especial de contratación administrativa, cuyo objeto es garantizar principios, méritos y capacidad, así como igualdad, oportunidades y profesionalismo en la Administración Pública.

Por otro lado, resulta importante tener en cuenta que el Derecho peruano no consagra la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración¹⁰, distinción que sí realiza, por ejemplo, el ordenamiento español, pues en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), “(...) cobra especial transcendencia la contraposición entre contratos administrativos y contratos privados, que es de aplicación únicamente a los contratos que celebren las entidades que tengan la consideración de Administración Pública, y que pretende señalar que no todos los contratos que realiza ésta son contratos administrativos. Estas entidades pueden realizar *contratos administrativos*, íntegramente sujetos al régimen jurídico administrativo, o *contratos privados*, regidos, al menos parcialmente, por el Derecho privado. La opción por unos u otros no es libre ni discrecional, sino que está determinada por el ordenamiento jurídico, el cual precisa mediante una regla general aquellos contratos que por su objeto o prestaciones han de tener el carácter de contratos administrativos, son los conocidos como típicos o *nominados*, aun cuando esa precisión no existe para aquellos otros que pueden tener esa misma naturaleza (denominados *especiales*)”¹¹. Estos últimos son aquellos que tienen distintas

respecto, véase los trabajos de JUAPE PINTO, M. A. y LÓPEZ MATSUOKA, J. A., *Administración de personal del sector público*, Grijley, Lima, 2009, pp. 9-22; CRISANTO CASTAÑEDA, A.C., “La Ley del Servicio Civil: problemas y soluciones”, en *Revista de Derecho ITA IUS ESTO*, Universidad de Piura, julio, 2013, Piura, pp. 1 y 2.

¹⁰ Como bien señala, el profesor BACA ONETO se trata de una cuestión difícil y compleja, que no está todavía cerrada, que algunos autores reconocen y otros niegan, aumentando la problemática la incipiente dogmática iusadministrativista nacional. Al respecto, puede consultarse diversas opiniones como ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 576-582. En igual sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 728-734.

¹¹ MARTÍN MATEO, R. y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 386. Debe entenderse, a fin de contar con datos más certeros, que ilustrarán

prestaciones a las establecidas en la LCSP para los contratos nominados o típicos, pero están vinculados al tráfico específico de la entidad contratante o destinadas a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia¹² (artículo 19°.1.b de la LCSP).

La distinción entre los contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el sistema español, supone una sujeción íntegra, al menos en la etapa *in fieri* del contrato por el régimen jurídico administrativo (Derecho público), en tanto que en la etapa *in facto esse* se plantean las discusiones dogmáticas acerca de la aplicación del Derecho administrativo o normas del Derecho privado (o común), las cuales tienen diferentes criterios de clasificación y consecuencias diversas.

Lo cierto es que en cualquiera de estos planteamientos, el criterio para distinguirlos no se encuentra en el uso de “cláusulas exorbitantes de derecho común” a favor de la Administración, sino en la transcendencia del objeto del contrato al interés público, convirtiéndose en su causa jurídica de actuación, con lo cual se justifica el ejercicio de las potestades administrativas¹³, o como diría DE SOLAS RAFECAS en algunos supuestos los privados en principio solamente se sujetan al régimen público en la fase anterior al acuerdo privado de voluntades, produciéndose,

explicaciones posteriores, que “la Administración viene sujeta a unos cauces obligatorios para entablar sus relaciones contractuales con los particulares y no es libre, ni en cuanto a la forma de seleccionar los contratistas, ni en cuanto a los trámites para el desarrollo del acuerdo de voluntades hasta cristalizar en un pacto definitivo”.

¹² Así, en este sentido, MEILÁN GIL, señala que “los contratos administrativos responden a la configuración constitucional de la administración pública, pues se trata de un poder público que sirve con objetividad y eficacia a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (...). En ese ámbito del interés general –o los intereses generales– opera la actividad contractual de la administración” (“Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos”, *Revista de Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, pp. 230 y 231).

¹³ Vid., con mayores precisiones y referencias BACA ONETO, V. S., “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica”, en *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, p. 668.

consecuentemente, la no trascendencia o incorporación del interés general en la relación jurídica contractual¹⁴.

En tal sentido, si bien el régimen legal peruano de las contrataciones públicas desconoce esta distinción, ello no significa *per se* que expresamente en nuestro ordenamiento jurídico se niegue la existencia de los contratos privados de la Administración, puesto que sí se reconoce y no solo en la Ley de Contrataciones del Estado, sino en leyes sectoriales –por ejemplo en concesiones de obras y servicios públicos– distintas prerrogativas o cláusulas exorbitantes a favor de la Administración Pública, tales como la *potestas variandi*, existencia de penalidades, resolución unilateral por interés general, controles de fiscalización, poder de sanción, entre otros¹⁵.

Finalmente, sin ánimo de querer incidir en los diversos debates dogmáticos, ni mucho menos pretender trastocar toda la sistemática de contrataciones y adquisiciones peruano, el presente trabajo abordará únicamente la aplicación del principio de sostenibilidad ambiental en los contratos públicos de gestión patrimonial de colaboración regulados en el

¹⁴ Vid. DE SOLAS RAFECAS, J. M., *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 24 y ss. Coincidimos con el autor, al indicar “(...) cuando el contrato es privado, el interés público no trasciende a la reglamentación contractual, (...) el interés público se incorpora a la causa del contrato administrativo <<ex lege>>. Se convierte en <<motivo causalizado>>”.

¹⁵ Vid. BACA ONETO, V. S., “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados (...), *cit.*, pp. 683-689. Poniendo énfasis en un estudio pormenorizado de distintos dispositivos legales, concluye que, “(...) otras normas sí que dan pie a entender que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración no es del todo desconocido en nuestro Derecho. Así, el art.39° del Decreto Legislativo N° 757, establece que los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del código civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados, (...). Tales contratos tienen carácter -civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes (...) ¿no será porque se reconoce tácitamente la existencia de éstos últimos? Es más, se trataría de contratos en donde el Estado tiene potestades de modificación y resolución unilateral, como sucede en las concesiones y que, por tanto, sí serían contratos administrativos”. Asimismo, aunque con otros alcances, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I, cit.*, pp. 729-735.

Decreto Legislativo N° 1017 y su respectivo reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sin perjuicio que las conclusiones puedan ampliarse a otros ámbitos de actividad contractual reguladas en leyes especiales¹⁶.

2 Impacto socioeconómico de las Compras Públicas

Las contrataciones públicas, contratos del estado, contratos del sector público¹⁷ o contratos de la Administración Pública¹⁸ tienen una gran repercusión económica y social, siendo uno de los principales instrumentos que tiene el Estado para el cumplimiento de sus objetivos constitucionalmente trazados y debe ser considerado una potente herramienta de ordenación socioeconómico, que no sólo genera egresos, sino que convierte en dinámica la economía de un país, generando empleo de calidad, canalización de inversiones y desarrollo productivo¹⁹.

¹⁶ Debemos indicar que el art. 3° del Reglamento de la LCE, establece que “La ley y el presente Reglamento serán de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas”.

¹⁷ Expresión utilizada en el régimen contractual español, que abarca no sólo a los contratos públicos, sino a una nueva categoría legal, llamada contratos armonizados como consecuencia de la adhesión a la Comunidad Económica Europea, adaptándose a las Directivas comunitarias en la materia.

¹⁸ Puede ayudarnos a entender de manera ilustrativa la diferencia en la doctrina de los distintos conceptos de contratos en la Administración Pública, ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Quinta, Contratos Públicos, cit.*, p. 1. Asimismo, como bien indica el profesor argentino ROBERTO DROMI “no hay armonía doctrinaria ni legislativa en cuanto a su denominación, y es así que se le llama contratos administrativos, contratos del Estado, contratos públicos, acuerdos administrativos, contratos de la Administración y contratos de la función administrativa” (*Derecho Administrativo, T.I, cit.*, p. 449).

¹⁹ Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe – SELA, *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, XL Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Septiembre 2014, Caracas, p. 3. Disponible en: <http://walk.sela.org/attach/258/EDOCs/SRed/2014/11/T023600006235-0-Di_16-_Compras_publicas.pdf>. [Consultado el 25 de febrero de 2015].

El fundamento jurídico de los contratos de gestión patrimonial y el alcance que tiene en nuestro ordenamiento ha sido expresado con claridad en la sentencia recaída en el expediente N° 020-2003-AI/TC del 17 de mayo del 2004, en la cual nuestro Tribunal Constitucional estableció en su fundamento décimo segundo que la función constitucional del artículo 76° de la Constitución Política –en adelante CP– “(...) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión su objeto es lograr el *mayor grado de eficiencia* en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”

Al mismo tiempo son fundamentos de toda la actividad contractual del Estado, sin importar el régimen normativo de que se trate, viéndose incluso respaldada por otros dispositivos constitucionales, como para el caso de concesiones con el artículo 67° de la CP, el mismo que señala que: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

La importancia del fundamento jurídico establecido por nuestro máximo intérprete y controlador de nuestra Constitución es de vital interés también desde una perspectiva del análisis económico, ya que tuvo un certero alcance práctico, el cual significó que, esquemáticamente, el Perú se convierta en un gran consumidor de bienes, servicios y ejecución de obras, es decir, es un transcendental cliente de los empresarios privados –consecuentemente busca la mayor rentabilidad– que en cifras significaron al año 2012 el 16% del Producto Bruto Interno

(PBI) y el 40% del gasto público²⁰, requiriéndose de un sólido sustento constitucional por la eficiencia que todos los procedimientos contractuales deben revestir, y que operen con fondos públicos, sin importar el origen de la fuente de financiamiento y del porcentaje²¹.

Ello implica que todos los Estados al hacer efectivo su poder de compra, prioritariamente, deben buscar satisfacer la necesidad del interés general que subyace en toda relación contractual, más aun cuando implica la erogación de recursos públicos. En adición a ello, existe unanimidad al afirmar que ejercen una capacidad insustituible de construir las políticas públicas²², por lo que, nuevamente, cabe preguntarse, si es que ésta podría ser utilizada para el cumplimiento de objetivos no necesariamente económico, cuestión que se irá abordando a lo largo de estas páginas.

²⁰ Vid. PAULET MONTEAGUDO, F., “El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones”, en *Revista de Arbitraje PUCP*, N° 3, Lima, 2013, pp. 87-89. En este sentido, el OSCE recientemente ha informado que al 31 de Junio de 2015, el Estado Peruano ha realizado contrataciones por S/. 5 570.2 millones mediante 27,385 procesos de selección, 37,216 órdenes de compra y 556 exoneraciones. Disponible en: <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/osce-junio-se-ha-realizado-contrataciones-por-m%C3%A1s-de-s-5-mil-millones>>. [Consultado el 20 de julio de 2015]. Por otro lado, puede consultarse en el reporte estadístico del portal institucional del OSCE, los requerimientos de compras públicas ya programados, pero pendientes al 28 de junio del 2014. Disponible en: <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/reportes-de-inter%C3%A9s>>. [Consultado el 25 de febrero de 2015].

²¹ El art.10 del T.U.O de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que “los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan”. Al respecto, véase, la Opinión N° 110-2014/DTN del 15 de diciembre de 2014 que concluye en su punto 3.1, “Las donaciones que efectúe un privado a una entidad del Estado se incorporan al presupuesto de ésta y constituyen fondos públicos; por tanto, las contrataciones que se realicen con estos fondos se llevan a cabo aplicando la normativa de contrataciones del Estado”.

²² Cfr. SANZ RUBIALES, I., “Eficacia en la contratación pública”, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 718. El autor indica que los poderes adjudicadores están estrechamente vinculados al principio de trato justo e igualitario reconocido tanto en España como en el Perú, pero es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo –para el caso de España– la que admite la inclusión de “cláusulas sociales”.

De lo anterior se concluye que al ser la Contratación Estatal una herramienta de gestión pública por excelencia, mediante la cual se ejecuta la mayor parte del gasto público, encontrándose estrechamente vinculada con el manejo adecuado de los recursos públicos, es que se debe realizar una evaluación integral de las ofertas brindadas en el mercado y optar por la más beneficiosa en términos de costo, calidad y oportunidad²³. Motivo por el cual se requiere, por un lado, que necesariamente la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública se materialice a través de la celebración del respectivo acuerdo jurídico, el cual tiene la categoría legal de Contrato Administrativo²⁴, y por otro lado, la ardua labor que debe realizar el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante OSCE) para supervisar de oficio o a pedido de parte el eficiente desarrollo económico del mercado de compras públicas que operan bajo el ámbito del Decreto Legislativo N° 1017.

En definitiva, el correcto manejo de las compras estatales más que favorecer a alguna de las partes involucradas, ya sea entidad contratante o proveedores de la Administración Pública, tiene que apuntar a intensificar los intereses de otros actores, principalmente, de la sociedad civil en general como beneficiarios de la actividad contractual pública²⁵, es así que la regulación normativa de los contratos públicos tendría que ser una herramienta integral para fomentar y promocionar el fortalecimiento de las demás políticas del Estado.

²³ Ello se concluye del art. 2° de la LCE, que consagra la maximización del Valor del Dinero del contribuyente, el cual se debe reflejar en las tres etapas de la contratación pública de las entidades del Sector Público.

²⁴ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, C., “Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2009, p. 204.

²⁵ Cfr. SALAZAR CHÁVEZ, R., “La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”, *Revista de Derecho & Sociedad* [en línea], 2008, N° 23, [Consultado el 20 de junio de 2015], Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato/>>.

3 Panorama actual medioambiental en el marco de las contrataciones públicas

3.1. Acuerdos Internacionales

Una vez determinando el alcance en términos económicos y sociales que tienen las contrataciones y adquisiciones del Estado en el Perú, y su evidente calidad de instrumento de ordenación de las políticas públicas, se torna imprescindible que ese impacto contractual del Estado deba darse en correspondencia con un bien jurídico que viene adquiriendo importancia en el mercado económico desde hace algunos años: el medio ambiente. Nuestra CP en su numeral 22 del artículo 2° señala que toda persona tiene derecho, “(...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”²⁶. En tal sentido, a nivel constitucional se le atribuye al medio ambiente un carácter de bien colectivo²⁷, cuya realización se encomienda, principalmente a los poderes

²⁶ Nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha hecho referencia expresa en varias sentencias (Exp. N° 0048-2004-PI/TC, 03448-2005-PA/TC, 03510-2003-AA/TC y 0964-2002-AA/TC) a la configuración constitucional del derecho al medio ambiente. Asimismo, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente en su artículo 2°.3, señala: “Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al ambiente o a sus componentes comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”. Sobre el particular, coincidimos con la reflexión de LÓPEZ RAMÓN, “(...) la protección del medio ambiente se configura como una función pública, la misma que tiene que ser protectora orientada a dos grandes sectores de actuación, esto es, la lucha contra las contaminaciones y la protección de la naturaleza, de esta manera se obtiene un real protagonismo de las administraciones públicas para el desempeño de sus funciones inherentes” (Cfr. LÓPEZ RAMÓN, F., “El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales”, en *La protección jurídica del medio ambiente*, Coord., JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 105-107).

²⁷ En palabras de LOZANO CUTANDA, “La configuración constitucional del medio ambiente como un principio rector de la política social y económica y no como un derecho fundamental invocable en la vía de amparo, resulta coherente con la naturaleza del bien jurídico medio ambiente, que no puede construirse únicamente como un ámbito jurídico atribuible a la disposición individual, por las propias exigencias derivadas de su protección como bien jurídico colectivo y por los problemas estructurales que plantea la

públicos²⁸ en uso o no de sus potestades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, pero también a todos los integrantes de la comunidad en su conjunto y en todo tipo de relaciones socioeconómicas.

Sin entrar a una exhaustiva reflexión de todos los instrumentos jurídicos ambientales que se han desarrollado en la normatividad internacional²⁹, debemos señalar que la primera formulación conocida fue el Informe de Brundtland³⁰, planteando una importante propuesta, en lo referente a la necesidad de que los gobiernos e instituciones regionales e internacionales fomenten un nuevo modelo de desarrollo económico que pueda armonizarse con la preservación del medio ambiente, a fin de garantizar la calidad de vida tanto de las generaciones actuales como de las futuras. En definitiva, se trata de alcanzar un desarrollo sostenible, que dicho informe lo define como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. El mérito de este instrumento fue que la expresión desarrollo sostenible adquirió tal fuerza que se convirtió en el centro de los debates políticos y sociales,

definición de su ámbito de protección” (*Derecho Ambiental Administrativo*, 9^oed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 75). De igual forma, nuestro TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 03816-2009-PA/TC del 30 de marzo de 2010, precisó en su fundamento veinte, que, “La protección del medio ambiente, al ser un derecho fundamental y bien colectivo, aparea la necesidad de que toda norma jurídica que busque su precaución, prevención y reparación sea una norma de orden público, pues se procura proteger un interés colectivo de toda la Nación”.

²⁸ Sobre la sumisión del poder público al principio de legalidad en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 126 y ss.

²⁹ Vid. FOY VALENCIA, P., “Estimativas y prospectivas sobre el sistema jurídico ambiental peruano post-Rio + 20”, *Revista Derecho PUCP*, N° 70, Lima, 2013, pp. 28 y 29. Este autor establece de manera sintética una cronología completa, base del sistema jurídico ambiental peruano.

³⁰ La Asamblea General de las Naciones Unidas estableció en 1983 una Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidida por la entonces primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland, para reexaminar los problemas más importantes del medio ambiente y formular propuestas realistas. Al respecto, véase LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental (...)*, *cit.*, pp. 54 y ss.

introduciendo la problemática ecológica en las agendas políticas internacionales³¹.

Posteriormente la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) de 1992 apostó decididamente por el desarrollo sostenible, sentando sólidas bases de las políticas ambientales actuales, es decir, significó un avance del sistema jurídico ambiental, así como también propició el surgimiento de normas e instrumentos de gestión ambiental.

En el Perú, si bien es cierto las preocupaciones ambientales ya se habían tratado en 1979, recién en 1990 con la aprobación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales³², toma fuerza la penetración de la dimensión ambiental internacional en la conciencia del legislador peruano. A partir de ese momento, se expiden innovadoras regulaciones con criterios de política ambiental, planificación ambiental³³, y todas aquellas consideraciones ambientales referidas a los ecosistemas y diversidad biológica³⁴, y así se diversifica correctamente la organización

³¹ Vid. MERCADO PACHECO, P., “Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 94-96.

³² Aprobado por Decreto Legislativo N° 613 del 08 de septiembre de 1990, y derogada por la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 28611, Ley General del Medio Ambiente publicada el 15 de octubre del 2005.

³³ Cfr. FOY VALENCIA, P., “A propósito de la –mal denominada– constitución ecológica”, en *Revista Latinoamericana de Derechos y Políticas Ambientales*, N° 1, Lima, abril 2011, pp. 22-27.

³⁴ Vid. FOY VALENCIA, P., “Estimativas y prospectivas (...)”, *cit.*, pp. 31-32. Asimismo, puede consultarse ALEGRE CHANG, A., *Legislación Ambiental: las competencias municipales*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, 2002, pp. 49 y 50, quien acertadamente indicó que en el Perú [en ese entonces] no se contaba con una política ambiental nacional que estableciera prioridades nacionales en materia de gestión ambiental para el corto, mediano, y largo plazo, aun cuando en el ordenamiento jurídico del país se habían reconocido los principios centrales de la gestión ambiental pública, que están reflejados en los instrumentos internacionales de mayor reconocimiento.

administrativa ambiental en un sistema de agencias con competencias en materia ambiental³⁵.

Sobre la base de lo indicado líneas atrás, se permite colegir que las consideraciones ambientales no son meramente ilustrativas, sino que han ido tomando cada vez más reconocimiento transfronterizo. A estos efectos, hay que recordar que el artículo 55° de nuestra Constitución dispone que los tratados forman parte del derecho nacional³⁶ –siempre que sean suscritos y ratificados– con lo cual toda la actividad pública y privada debe considerar la aplicación directa de las normas consagradas en los compromisos y tratados internacionales, así como en la jurisprudencia.

Con relación a las preocupaciones ambientales y su correcta implementación –que no se trata únicamente de acciones *a posteriori*– fue necesario una actividad coordinada y tangible de armonización entre dichos compromisos internacionales con nuestro derecho interno, lo que se dio mediante la aprobación de programas, planes estratégicos específicos, así como la instauración de eficaces políticas públicas y mecanismos institucionales, las cuales serán objeto de un análisis sucinto en el siguiente acápite.

3.2. Política Nacional del Ambiente

La asunción en el Derecho interno de los compromisos internacionales que recogen de manera expresa la obligatoriedad de conservar el medio ambiente y las formas de protección, refuerza la consideración constitucional de la política ambiental y la contratación pública consagrados en los artículos 67° y 76° de la CP³⁷. En nuestro

³⁵ Cfr. SANZ RUBIALES, I., “El medio ambiente en España y en el Perú: tan lejos, tan cerca”, en *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, p. 421.

³⁶ **Artículo 55° de la Constitución Política del Perú.**

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

³⁷ **Artículo 67°.**

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

ordenamiento jurídico, la preocupación internacional sobre el medio ambiente influyó en la creación del Ministerio del Ambiente³⁸ (en adelante MINAM³⁹), la cual tiene entre sus funciones la formulación e implementación de diversos instrumentos, promoviendo una competitividad para el desarrollo de oportunidades económicas, sostenibles y amigables con el medio ambiente. En este contexto, se expidieron importantes instrumentos normativos, tales como la Política Nacional del Ambiente, la Agenda Nacional de Acción Ambiental y el Plan Nacional de Acción Ambiental – PLANAA Perú: 2011-2021⁴⁰. El PLANAA tiene como marco orientador la Política Nacional del Ambiente y consigna los cambios esperados al 2021, a través de unas metas reflejadas en acciones estratégicas que ejecutarán las Administraciones Públicas responsables y la sociedad en su conjunto.

La riqueza del patrimonio natural, las potencialidades para su desarrollo y los graves problemas ambientales que actualmente afronta el Perú han llevado a trazar metas prioritarias, tales como mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; contribuir al desarrollo sostenible mediante la prevención de impactos negativos

Artículo 76°

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

³⁸ Creado por Decreto Legislativo N° 1013, publicada en el diario El Peruano el 14 de mayo de 2008.

³⁹ Para entender mejor la fuerza normativa que introdujo la creación del Ministerio del Ambiente. Véase BRACK EGG, A., “Retos del Ministerio del Ambiente”, *Economía y sociedad*, N° 67, Lima, 2008, p. 8. Para el recordado ministro, “(...) la falta de una adecuada gestión ambiental le ocasiona al Perú grandes pérdidas económicas, en comparación a otros países de ingresos similares, y ha ocasionado la vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, y a la paz social. Esto perjudica sobre todo a los más pobres, ya que son ellos quienes están más expuestos a los riesgos ambientales (...)”.

⁴⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo N°014-2011-MINAM, publicado en El Peruano el 14 de julio del 2011.

ambientales y en caso estos impactos se materialicen, adoptar medidas de recuperación del ambiente y sus componentes; y finalmente, el uso racional y sostenible de los recursos naturales, a fin de respetar y tutelar los derechos fundamentales de la persona⁴¹.

Estos lineamientos son de obligatorio cumplimiento por todas las organizaciones públicas, y para lo que aquí interesa, es necesario señalar que como acción estratégica para concretizar dichas metas se pone énfasis en las actividades económicas, a fin de reducir los impactos negativos ambientales, refiriéndose a aquellas contrataciones y actividades que se dan en el Marco Macroeconómico Multianual, **Sistema Nacional de Contratación Pública**, Sistema Nacional de Inversión Pública, Agencia de Promoción de la Inversión Privada, la Cuenta General de la República y el Sistema Nacional de Control, quienes deberán incorporar criterios medioambientales en sus respectivos marcos regulatorios⁴².

De acuerdo con el PLANAA, la meta estimada al 2017 es que el 30% de los marcos normativos de estas actividades económicas hayan incorporados normas con criterios medioambientales, y al 2021, todo el conglomerado normativo – económico haya satisfecho el 100%. Al respecto, consideramos que estas proyecciones deben tener su punto de inicio en las Contrataciones Públicas que operan bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017 no sólo por su impacto económico⁴³, sino por su alta dosis de responsabilidad y control hacia la materialización del interés general que requiere de formulaciones estratégicas en todas las Administraciones Públicas que contraten en ejercicio de potestades administrativas, y así alcanzar un alto grado de conciencia y cultura ambiental, tanto en la entidad licitante, como en los agentes económicos involucrados. Ello significa, que los contratos administrativos celebrados al amparo del mencionado decreto legislativo

⁴¹ Ministerio del Ambiente, *Plan Nacional de Acción Ambiental*, PLANNA – Perú: 2011-2021, 2°ed., Lima, p. 26. Disponible en: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/plana_2011_al_2021.pdf>. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

⁴² *Ídem*, pp. 4 y 39.

⁴³ Vid. *Supra* cap. 1° y 2°.

tienen un carácter instrumental, como toda actuación administrativa, por lo que su marco normativo tiene que justificarse en el cumplimiento de otros objetivos, como los referidos en el PLANNAA.

A nuestro entender, la Política Nacional del Ambiente y el PLANAA son el respaldo jurídico suficiente para que en las contrataciones y adquisiciones bajo el Sistema Nacional de Contratación Pública tengan que valorarse las propuestas de los postores, no sólo desde un enfoque económico sino también desde su comportamiento ambiental que va a significar, o incluso incorporando criterios medioambientales, sin que ello implique limitación alguna a la concurrencia de postores, ni preferencia por determinadas propuestas.

En tal sentido, esta simbiosis entre el Derecho Ambiental y la Contratación Pública se adaptará a las nuevas realidades jurídico sociales, contribuyendo con el fortalecimiento efectivo de la preservación del medio ambiente, sin dejar de alcanzar el desarrollo económico y así como “alentará a los agentes económicos a adaptarse a los nuevos estándares de exigencia, pues la contratación pública no solo es el instrumento para la ejecución de obras, establecimiento de servicios o prestación de suministro, sino también un mecanismo para que los objetivos de la Política Nacional del Ambiente puedan cumplirse en el plano fáctico”⁴⁴.

4. Sostenibilidad Ambiental

4.1. ¿Qué es la sostenibilidad ambiental?

Como sostiene un sector de la doctrina⁴⁵, lo más complicado de definir en el Derecho, son sus principios generales, más aun aquél

⁴⁴ SOTO SALAZAR, R., “Aplicación del principio de sostenibilidad ambiental en los procesos de selección”, en *Actualidad de Procedimiento Administrativo*, Gaceta Jurídica, N° 251, octubre 2014, p. 249.

⁴⁵ Entre ellos, SANTAMARÍA PASTOR puso de relieve que “(...) si la costumbre plantea problemas al teórico y al intérprete, estas dificultades se multiplican por cien a la hora de afrontar el concepto y función de los principios generales del Derecho, a los que se ordena aplicar en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del

principio que diseñe o sintetice una protección medioambiental en estrecha vinculación con el desarrollo económico, por haber multiplicidad de medidas y conductas que pueden adoptarse para lograr objetivos tan amplios, es decir, se tratan de categorías heterogéneas y abiertas⁴⁶. En este sentido, el principio de desarrollo sostenible es el encargado de conjugar en un mismo plano –que *prima facie* parecieran inconciliables– el interés del Estado de seguir impulsando el desarrollo económico y el de la colectividad por preservar en adecuadas condiciones el medio ambiente⁴⁷.

Por el concepto de desarrollo sostenible ya hemos hecho referencia en el Informe de Brudtland y los demás acuerdos internacionales, por lo que únicamente indicaremos, que se trata de un valor jurídico que ha alcanzado tal transcendencia que actualmente se le considera como un principio del Derecho internacional. Junto a esto, tenemos que el estudio elaborado por el Grupo del Banco Mundial señala que uno de los obstáculos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es “la falta de compromiso gubernamental con los objetivos ambientales y la escasa capacidad institucional para alcanzarlos”⁴⁸. Asimismo, toma importancia –desde otra perspectiva– lo indicado por la máxima autoridad eclesiástica, que ante la degradación de nuestra “casa común” (medio ambiente), propone un sistema de ecología integral que incorpore las dimensiones humanas y sociales, y así lograr poner en duda actuales modelos de desarrollo, producción y consumo, que no tengan en cuenta estas variantes ambientales y sociales⁴⁹.

ordenamiento jurídico” (*Principios de derecho administrativo general*, V.I, Iustel, Madrid, 2004, p. 159).

⁴⁶ *Ídem*, pp.160 y 161.

⁴⁷ Cfr. ALENZA GARCÍA, J. F., “Desarrollo Sostenible” en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, noviembre 2010, p. 1388.

⁴⁸ Banco Mundial, *Sostenibilidad Ambiental*, Washington D.C, 2008, p.1. Disponible en:

<http://siteresources.worldbank.org/EXTENVIRONMENT/Resources/EvalSumm_esp.pdf>. [Consultado el 25 de junio de 2015].

⁴⁹ Vid. SANTO PADRE FRANCISCO, Carta Encíclica, *LAUDATO SI’: Sobre el cuidado de la casa común*, Paulinas, Lima, mayo 2015, pp. 106 y 107.

En el Perú, nuestro texto constitucional expresamente no utiliza los términos “desarrollo sostenible”, pero de los artículos contenidos en el Capítulo II (Del Ambiente y los Recursos Naturales) se desprenden los elementos esenciales de este principio, especialmente en los siguientes apartados: el art.66°: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano de su aprovechamiento (...)”; art.67°: “(...) El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de los recursos naturales”; art. 68°: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”; art. 69°: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada”. Los elementos que componen estas redacciones – uso racional y proporcional de los recursos naturales, la referencia a la conservación y promoción de una legislación adecuada– se enmarcan perfectamente en el principio del desarrollo sostenible, tal y como ha sido entendida por la doctrina⁵⁰ y por nuestra jurisprudencia⁵¹.

Asimismo, la esencia del desarrollo sostenible en la legislación ordinaria –en unos con identidad de expresión, en otros de manera indirecta– aparece regulada de manera reiterada en los dispositivos de la Ley General del Ambiente (en adelante LGA)⁵² que en su artículo V del Título Preliminar, referente al principio de sostenibilidad, significa que:

⁵⁰ Valgan para todos FOY VALENCIA, P., “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)", en *Revista Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, pp. 337 y ss; LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 502-512.

⁵¹ Sentencia recaída en el EXP. N.º 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009, que en el tercer párrafo del FJ 14, precisó que, “(...) la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio *sostenibilidad* (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras”.

⁵² Particularmente los arts. I, V, 1°, 9°, 11° b y g, 12° g, 22°.1, 65°, 77°.1, 97° b, 108°.1 y 127°.1.

“La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, **se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional**, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”. En cambio, en la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE)⁵³ sólo se hace referencia al principio de sostenibilidad ambiental, sin ir más allá.

En cuanto a la regulación contenida en la LCE se reconoce de manera expresa el principio de sostenibilidad ambiental como el encargado de garantizar la protección del medio ambiente en los contratos de gestión patrimonial de colaboración, a través de la inserción de criterios objetivos para garantizar la variante ambiental en los procedimientos de contratación, procurando evitar impactos ambientales negativos. Por eso, sin entrar al planteamiento de por qué el legislador no siguió la similitud de expresión –Desarrollo Sostenible– lo importante es que la sostenibilidad ambiental auténticamente se desprende del principio de Desarrollo Sostenible, el mismo que tiene tres pilares fundamentales: el desarrollo económico, protección ambiental y desarrollo social, “sin que ninguno de los tres se imponga o prevalezca sobre los demás, sino que deben integrarse armónicamente para alcanzar el resultado final de la sostenibilidad”⁵⁴.

El principio de sostenibilidad ambiental reconocido en la actual LCE consagra únicamente el pilar de la protección ambiental en las contrataciones públicas omitiendo, aparentemente, los otros dos pilares (desarrollo económico y desarrollo social). No obstante, hace una remisión expresa a las normas de la materia, en tal sentido, se guía de los principios consagrados en la Política Nacional del Ambiente y de la LGA, por lo que la sostenibilidad ambiental es un objetivo a largo plazo que debe alcanzarse a través de esfuerzos progresivos, dinámicos y permanentes que generen mejoras en los marcos regulatorios de las

⁵³ Literal m) del artículo 4° de la LCE.

⁵⁴ ALENZA GARCÍA, J.F., “Desarrollo Sostenible” en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los principios jurídicos (...), cit.*, p. 1395.

actividades económicas con potencial incidencia sobre el medio ambiente.

Como puede advertirse *–a priori* de lo expuesto– el objetivo de la sostenibilidad ambiental se logra con criterios de horizontalidad o integración⁵⁵, es decir, las estrategias o políticas ambientales aplicables a las contrataciones públicas bajo el Decreto Legislativo N° 1017 no se deben reducir a enfoques sectoriales o verticales, sino por el contrario, deben situarse en un plano general y horizontal, lo cual implica que las Administraciones Públicas con potestad contractual integren exigencias de protección medioambiental en cada una de las funciones que ejercen sus órganos internos.

4.2. Acertada positivización de la sostenibilidad ambiental

Antes de pasar al análisis concreto del tratamiento de la sostenibilidad ambiental en las Contrataciones Públicas, resulta lógico mencionar como dato previo, que son numerosas y variadas las normas y dispositivos ambientales, en donde las exigencias legales son cada vez más complejas, superando ampliamente la capacidad de conocimiento de los administrados, dando lugar a una “inflación legislativa” del medio ambiente⁵⁶, lo cual genera una carga burocrática discutible, que si bien es cierto no obstaculiza por completo los procedimientos de expedición de permisos ambientales, por ejemplo, si afecta de forma significativa el retraso de los mismos.

La preocupación ambiental inicialmente tuvo como mayor atención las actividades que son de gran envergadura por significar una importante representación en el PBI del país como el sector minero o de hidrocarburos. Sin embargo en la actualidad la toma de decisiones gubernamentales, o mejor dicho el poder adjudicador de las entidades

⁵⁵ *Ídem*, p. 1397.

⁵⁶ Cfr. SANZ RUBIALES, I., “El medio ambiente (...)”, *cit.*, p. 429, indica que a diferencia de Perú con la Ley General del Ambiente, en España ese afán codificador para evitar la dispersión normativa se vio imposible por la extraordinaria expansión de la normativa ambiental debido al impulso constitucional y como consecuencia de la iniciativa europea, a través de la Comunidad Europea.

públicas tienen implicancias medio ambientales considerables, basta recordar que en la antigua Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁵⁷ no se reconocía expresamente algún principio que se preocupará de manera directa sobre la incidencia de la contratación estatal en el medio ambiente, a pesar de la serie de compromisos internacionales suscritos y ratificados por el Perú. Es recién y de manera acertada con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1017 que se incorpora en la contratación pública el principio de sostenibilidad ambiental, la cual versa de la siguiente manera, “en toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales en concordancia con las normas de la materia”⁵⁸.

La Ley N° 30225, Nueva Ley de Contrataciones del Estado (en adelante NLCE) que entrará en vigor al expedirse su reglamentación definitiva en su literal h) del artículo 2°, ha seguido manteniendo la positivización o juridificación del principio antes referido, pero con una redacción que aparentemente será más eficaz y contribuirá mejor a una idónea protección medioambiental⁵⁹, pues le denomina principio de sostenibilidad ambiental y social, aunque hay quienes indican que agregar el término “social” al referido principio es una redundancia

⁵⁷ Aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, publicado el 29 de noviembre del 2004. El hecho que el legislador de ese entonces no haya positivizado formalmente alguna protección medioambiental, no le resta valor jurídico, pues significa que permanece como fuente material, gravitando en todo el sistema jurídico, ya que su vigencia no depende de la recepción formal. No obstante ello, con la expedición de su sucesora se otorgó su acertado reconocimiento expreso, esto es, por el Decreto Legislativo N° 1017.

⁵⁸ Literal m del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

⁵⁹ **Artículo 2°**

h) “Sostenibilidad ambiental y social. En el diseño y desarrollo de los procesos de contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano”. Dicho principio será más determinante y eficaz en la nueva estructura normativa de la LCE y en la integración del componente medioambiental en los pliegos contractuales en concreto. Ello queda corroborado y reforzado, con los talleres de trabajo que vienen entablando representantes del OSCE y MINAM para concientizar a todas las entidades públicas acerca de una idónea contratación pública sostenible.

teórica e innecesaria⁶⁰, puesto que se encuentra encasillado dentro del contexto jurídico de una contratación pública sostenible.

En consecuencia, una vez establecida su acertada positivización, el paso siguiente es determinar su alcance normativo para que pueda servir de sustento en las decisiones administrativas de índole contractual, y así se evite la afectación en lo más mínimo al medio ambiente.

Sobre el particular, cabe advertir que “las normas jurídicas que declaran los principios de la contratación administrativa poseen dos características que las diferencian de las demás normas sobre la contratación administrativa: la preeminencia valorativa sobre las demás normas del ordenamiento y su dinamismo potencial para ser aplicados a un sinnúmero de situaciones distintas”⁶¹. Esto, dota al principio de una abstracción y generalidad suficiente, para que sea aplicable en cualquier momento de la contratación estatal –etapa de actos preparatorios, etapa de selección, e incluso en la etapa de ejecución contractual– es decir, la sostenibilidad ambiental tiene que irradiar en todo el procedimiento de contratación pública, tanto en supuestos contemplados por el legislador, como en aquellas realidades o hechos imprevisibles que se puedan generar, tal y como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia administrativa del Tribunal de Contrataciones del OSCE⁶².

El principio de sostenibilidad ambiental en particular, debería buscar evitar impactos ambientales negativos, a fin de resguardar el interés general, y así garantizar la posición jurídica de todos los

⁶⁰ Cfr. SOTO SALAZAR, R., “Aplicación del principio de sostenibilidad ambiental (...)”, *cit.*, p. 250.

⁶¹ MORÓN URBINA, J. C., “Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”, en *Themis*, N° 52, Lima, 2006, p. 190.

⁶² Opinión N° 098-2012/DTN del 10 de septiembre de 2012, que recoge el fundamento jurídico diecinueve de la sentencia recaída en el Exp. N° 020-2003-AI/TC, del 17 de mayo de 2004, estableciendo que, “(...) recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, (...) cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que **respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública** (...)”.

administrados frente a posibles arbitrariedades o actuaciones vacías de razonabilidad técnico – legal de los poderes públicos que no tengan en cuenta parámetros ambientales al momento de adjudicar la buena pro, asumiendo una protección más sensible en la suscripción del contrato, y su posterior ejecución. Sin embargo, dicho principio que está positivado se encuentra en un plano conceptual, pues ni la Ley ni el Reglamento establecen técnicas concretas de aplicación o la manera en qué se hará eficaz dicha sostenibilidad ambiental, es decir, únicamente pareciera ser una orientación meramente indicativa.

4.3. Deberes de la Administración Pública y de los colaboradores privados

La positivización del principio de sostenibilidad ambiental –que no debe ser demostrado por su reconocimiento formal– nos lleva a que las Administraciones Públicas tengan que aplicar dicho principio en todas sus actividades de planificación, gestión y especialmente, en la contratación pública.

Por ello, los principios que se reconocen en nuestro sistema de contrataciones son expresión de obligatoriedad que tienen las organizaciones públicas, que al operar con fondos públicos deben actuar con transparencia, fomentar la igualdad, adjudicando la buena pro (posteriormente suscribiendo el contrato) a la mejor oferta económica y propuesta técnica más idónea, nutriéndose, como ya se dijo, en cada etapa del procedimiento contractual de los principios regulados en el artículo 3º de la LCE, y supletoriamente de los principios consagrados en la LGA, LPAG y del Derecho público, los cuales configuran componentes que la voluntad legislativa ha teñido de imprescindibles con el propósito, de que los actos de los agentes involucrados se enmarquen dentro de un contexto de legalidad, y además, que las entidades públicas licitantes o concursantes que requieran satisfacer sus necesidades públicas para el cumplimiento de sus objetivos, lo hagan de la mejor forma posible⁶³.

⁶³ Cfr. MORÓN URBINA, J. C., “Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”, *cit.*, p. 191.

Asimismo, tienen una responsabilidad especial por los principios consagrados en el texto legal, ya que poseen una preeminencia valorativa respecto de las normas procedimentales o sustantivas en la medida que sirven de referente necesario para dotarlas de contenido e indicar sus contornos⁶⁴, siguiendo la línea interpretativa del profesor MORÓN URBINA, “(...) de ahí que la inobservancia a un principio de la contratación administrativa debe ser considerado como más grave que el incumplimiento de cualquier otra norma sustantiva o procedimental de la contratación estatal, ya que el infractor no sólo viola una regla jurídica, sino también uno de los valores que subyacen a todo el régimen jurídico de la materia⁶⁵”. Por esta razón, los principios generales son el único sustento inmutable que otorga la posibilidad de razonar con sensatez y justicia, alumbrando soluciones progresivas y razonables en medio “de un torrente de disposiciones sólo preocupadas por el impacto político a corto plazo⁶⁶”, convirtiéndolas en las reglas *communis opinio* de todos los operadores del sistema jurídico. Incluso, los principios reconocidos en la LCE pueden servir de guía para la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general, especialmente en los procedimientos administrativos al interior de las organizaciones públicas, pues la enumeración de los principios no es taxativa⁶⁷, con lo cual se puede recurrir a la sostenibilidad ambiental junto al principio de eficiencia para cubrir no sólo vacíos del derecho positivo, sino para elaborar jurídicamente parámetros medioambientales específicos.

En esa medida, los actos y decisiones que adopten las Entidades Públicas, y no hacemos referencia únicamente al Titular de la Entidad, sino en especial los Comités Especiales, Órganos encargados de las

⁶⁴ *Ídem*, p. 191.

⁶⁵ *Ídem*, p.190.

⁶⁶ Reconoce SANTAMARÍA PASTOR la cuádruple función que tienen los principios: función directiva general de todo el proceso de creación del Derecho, función interpretativa (como reglas extrasistema), función integradora de las lagunas del sistema normativa y, por último, una función constructiva, al ser estructuras mentales que permiten la sistematización de la materia jurídica (*Principios generales del derecho (...), cit.*, p.165).

⁶⁷ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, C., *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la Ley y su Reglamento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 58.

Contrataciones y Áreas Usuarias, que durante la tramitación de un procedimiento de selección deban sujetarse de manera estricta a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento, sin que pueda adicionarse supuestos no contemplados expresamente por la normativa o que no deriven de dichas disposiciones⁶⁸. Como se desarrollará posteriormente, el área usuaria de cada organización pública con potestad contractual deberá observar la sostenibilidad ambiental al formular los requerimientos técnicos del objeto contractual a convocar, de igual forma el órgano encargado de las contrataciones tendrá que inclinarse por aquellos estudios de mercado –para conocer la viabilidad comercial técnica económica de las potenciales propuestas– que tengan en cuenta el factor medioambiental. Finalmente, el comité especial o el órgano encargado de las contrataciones de ser el caso⁶⁹, tendrá el deber jurídico de aplicar la sostenibilidad ambiental y las normas de la materia en la elaboración de las bases administrativas para su posterior integración.

Con relación a lo anterior, indicamos que la obligatoriedad de observar el principio de sostenibilidad ambiental configura un **deber público *stricto sensu*** y no una obligación. La diferencia, esencialmente, se encuentra en que la conducta que se realiza en este último *status jurídico* pasivo –obligación– es en interés de un tercero, en cambio, en el primero la conducta está encaminada al interés general⁷⁰, que no siempre se corresponde con el interés estatal, es así que cada una de las actividades detalladas en el párrafo anterior, conceptualmente se configuran como deberes públicos. Como bien afirma SANTAMARÍA PASTOR “el apelativo de deberes públicos suele caracterizarse en contraste con la obligación, pues el deber público contiene una conducta o actividad abstracta-genérica impuesta en interés general o de la

⁶⁸ Así lo mencionan reiteradas opiniones de la Dirección Técnica normativa del OSCE, como la Opinión N° 005-2008/DOP del 06 de febrero de 2008.

⁶⁹ Según el art. 24° de la LCE, el órgano encargado de las contrataciones tendrá a su cargo la realización de los procesos de adjudicación de menor cuantía, sin perjuicio que el titular de la entidad pueda designar un comité especial *ad hoc* o permanente.

⁷⁰ Vid. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Sexta, El Administrado y sus situaciones jurídicas*, Universidad de Piura, revisión junio 2013, pro manuscrito, p. 4.

colectividad, y no se corresponde con un derecho subjetivo, como si de una obligación se tratase⁷¹.

Por ello, cabe destacar, que actualmente el principio de sostenibilidad ambiental se ha convertido en un auténtico principio general de toda la actividad contractual de los Estados, perfectamente invocable y aplicable a cualquier supuesto. Es así que las Administraciones Públicas⁷² en el marco del Decreto Legislativo N° 1017, con el respaldo del texto legal –que deberán ser técnicas concretas de articulación o especificaciones respetuosas con el medio ambiente– tienen que promover el desarrollo sostenible, fomentando ventajas para la eficiencia de los agentes económicos involucrados para el medio ambiente, y para la economía.

En ese orden de ideas, es necesario que el Derecho ambiental por medio de sus políticas y planes estratégicos tenga un rango mayor de acción, no limitándose únicamente a su faceta administrativa o a la proclamación de principios preventivos o acciones precautorias, sino que tome un rol protagónico y directo en las actuaciones gubernamentales, y básicamente que forme parte de la agenda normativa de los demás entes públicos centralizados o no con potestad sectorial de regulación, lo que a la larga significará un mercado visto como instrumento eficaz para reducir las externalidades negativas de los impactos ambientales, dando pie a un auténtico y relevante mecanismo mixto de colaboración entre la Administración Pública y los empresarios privados como coadyuvantes en perseguir el interés general⁷³.

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo general*, cit., p. 436.

⁷² Para un estudio más detallado de las implicancias del concepto de Administración Pública en el Perú y la importancia de una adecuada regulación jurídica para el correcto funcionamiento de las organizaciones públicas en sus relaciones jurídicas. Véase, ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 71 y ss.

⁷³ Al respecto, véase el trabajo de GUZMÁN NAPURÍ, C., “Protección del Medio Ambiente y Mercado”, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 204-207; para quien, “las ventajas que podrían extraerse del mercado se dirige no sólo a fomentar la inversión privada, sino además a trasladar el costo de la protección de bienes ambientales de la Administración Pública a los

En definitiva, los colaboradores privados y en general todo el sector privado debe desempeñar funciones cruciales actuando de común acuerdo con las organizaciones públicas para que la sostenibilidad ambiental se concrete en ofertas diseñadas según los requerimientos o condiciones técnicas previamente determinados por el órgano correspondiente y que tengan relación directa con la contratación a realizarse⁷⁴, es decir, el colaborador privado, “sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actividad privada el interés general en el sentido que la Administración propugna”⁷⁵.

4.4. Instrumentos técnicos de Gestión Ambiental

Con carácter general los instrumentos técnicos de gestión ambiental se desenvuelven en la ejecución de las Políticas Públicas Ambientales, teniendo como referentes los principios de la LGA⁷⁶, sus normas complementarias y reglamentarias. En otras palabras, constituyen medios

particulares, reduciendo sustancialmente el costo social de dicha protección, lo cual convierte en eficiente el mecanismo mixto”.

⁷⁴ Pronunciamiento N° 079-2013/DSU del 17 de enero de 2013, indica que “(...) Principio de Sostenibilidad Ambiental, en toda contratación se deben aplicar criterios que garanticen la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos, debe tenerse en cuenta que las disposiciones que se adopten en atención a dicho principio deben encontrarse directamente relacionadas con la contratación a realizar. Así, el contar con un proyecto operativo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el relleno sanitario propuesto para la disposición de los residuos sólidos del distrito resulta razonable y acorde con el Principio antes citado, dado que coadyuvaría a que el servicio prestado a la Entidad se realice de manera sostenible, y por lo tanto, más adecuada. Caso distinto es el calificar que los postores acrediten contar con un proyecto de generación de energía del biogás del relleno sanitario, no solo porque, conforme lo señalado por el Comité Especial en su informe técnico, no será necesario que dicho proyecto se encuentre en ejecución, lo cual no representará ningún beneficio para el medio ambiente; sino también porque la producción de energía a partir de biogás no mejorará la calidad de las prestaciones recibidas por la Entidad y, por lo tanto, no tendría implicancia alguna en la contratación que se pretende realizar”.

⁷⁵ ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Sexta, El Administrado y sus situaciones jurídicas*, cit., p. 20.

⁷⁶ Ley N° 28611, publicada el 15 de octubre del 2005.

operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el Perú, es decir, su diseño y aplicación responden a las expectativas del interés general.

El numeral 2 del artículo 17° de la LGA regula todos los instrumentos de gestión ambiental nacionales, sectoriales, regionales y locales, los mismos que pueden ser categorizados como de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios consagrados en la propia LGA. Dichos instrumentos son los siguientes: el sistema de gestión ambiental, el ordenamiento territorial ambiental, la evaluación del impacto ambiental, los Planes de Cierre, los Planes de Contingencias, los estándares nacionales de calidad ambiental, la certificación ambiental, las garantías ambientales, los sistemas de información ambiental, los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación, los mecanismos de participación ciudadana, los planes integrales de gestión de residuos, los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales, los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción, la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos contenidos en la referida Ley.

Sin pretender efectuar un análisis meticuloso de cada uno de los instrumentos de gestión ambiental antes referidos, hemos considerado hacer puntualizaciones generales y específicas de las medidas de promoción, certificación ambiental, instrumentos de fiscalización y sanción, y finalmente –con algo más de detalle– los estudios de impacto ambiental. Todo ello, con el propósito de hacerlos comparables jurídicamente y así determinar si en algunos de ellos, está realmente garantizado la sostenibilidad ambiental en las contrataciones públicas, especialmente en las efectuadas bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017.

Por **medidas de promoción**, el artículo 37° en concordancia con el numeral 1 del artículo 82° de LGA, se entienden aquellas que las entidades públicas establecen para promover el debido cumplimiento de las normas ambientales y mejores niveles de desempeño ambiental, en forma complementaria a los instrumentos económicos o de sanción que se establezcan, tales como actividades de capacitación, difusión y sensibilización ciudadana, la publicación de promedios de desempeño ambiental, los reconocimientos públicos y la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables. Asimismo, el Estado a través de acciones educativas de difusión y asesoría, promueve el consumo racional y sostenible, de forma tal que se incentive el aprovechamiento de recursos naturales, la producción de bienes, la prestación de servicios y el ejercicio del comercio en condiciones ambientales adecuadas. Desde una perspectiva jurídica puede afirmarse que estas medidas de promoción constituyen acciones de fomento o lo que MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ denomina “actividad dispensadora de ayudas y recompensas”⁷⁷, como aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectados a su realización⁷⁸, es decir, se fomenta y premia el buen desempeño ambiental en la producción de bienes y servicios, dispensándose derechos con contenido jurídico como la asignación de puntajes adicionales.

⁷⁷ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”, en *Libro Homenaje al Profesor JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 753 -757. Otros autores, como MARTÍN MATEO Y DÍEZ SÁNCHEZ le llaman “acción administrativa de estimulación”. (*Manual de Derecho Administrativo, cit.*, p. 379).

⁷⁸ *Ídem*, p.758. Continúa el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ afirmando las ayudas públicas se “(...) muestran no sólo como posibles medios de favorecimiento, sino también como incisivos medios de intervención, que seleccionan unas u otras actividades, con más o menos amplia discrecionalidad, para destacar determinadas características que permitan colocarlas la etiqueta del “interés público”, derivando hacia las seleccionadas (...)”

Por otro lado, la **certificación ambiental** es la resolución que aprueba el instrumento de gestión ambiental, por lo que queda autorizada la ejecución del proyecto o acción propuesta, pues su viabilidad ambiental ya ha sido constatada en su integridad por la autoridad competente, es decir, *contrario sensu* será sancionado con nulidad la resolución administrativa que efectúa un pronunciamiento parcial, fraccionado, provisional o condicionada respecto a la viabilidad ambiental. Al respecto, la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental⁷⁹ (en adelante LSNIA) en su artículo 3° regula la obligatoriedad de la certificación ambiental, sin la cual ninguna actividad que pueda generar implicancias ambientales significativas, ya sea pública o privada podrá ejecutarse. Una lógica consecuencia de esta obligatoriedad, es que no se podrán otorgar licencias, derechos, autorizaciones, ni cualquier otro título habilitante sino se cuenta con la certificación ambiental.

Finalmente, por **fiscalización y sanción ambiental**, se entienden los controles posteriores para la verificación del cumplimiento adecuado de la normativa ambiental, luego de haberse detectado la infracción en materia ambiental y seguir el procedimiento administrativo sancionador correspondiente. Al respecto el artículo 130° de la LGA refiere que la fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes –básicamente las entidades de fiscalización ambiental (EFA) – a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias, ya que éstas requieren de un papel activo del Estado, acercando los objetivos de la legislación ambiental a su real cumplimiento⁸⁰. En adición a lo anterior, la Autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales. Estas técnicas de fiscalización y sanción ambiental constituyen la actividad administrativa conocida como de policía o constrictiva, que

⁷⁹ Publicado el 23 de abril del 2001, y modificado por Decreto Legislativo N° 1078, publicado el 28 de junio del 2008.

⁸⁰ Vid. ANDALUZ WESTREICHER, C., *Manual de Derecho Ambiental*, Iustitia, 3°ed., Lima, 2011, p. 769.

sirven para asegurar el cumplimiento de las demás técnicas medioambientales normativas o no⁸¹, por ello se trata de una potestad sancionadora de orden especial, respetando los principios regulados en la LGA y de manera supletoria los consagrados en la LPAG.

4.4.1. Especial referencia a los Estudios de Impacto Ambiental

Los **Estudios de Impacto Ambiental** constituyen una técnica de origen norteamericano, donde se impuso por primera vez de manera generalizada la preparación de un estudio o Environmental Impact Statement - EIS para toda actuación federal que pudiese afectar de forma significativa la calidad del medio ambiente, es decir, se parte de que “la prevención de los daños ambientales exige, ante todo, conocer los efectos que sobre el medio ambiente pueden tener las actividades humanas, a fin de poder evitar o paliar al menos, su incidencia negativa en el entorno”⁸². El éxito del EIS norteamericano la convirtió en un instrumento de protección generalizada, siendo reconocido en el marco internacional en las Conferencias de las Naciones Unidas de Estocolmo (1972) y de Río de Janeiro (1992), y en su mayoría en todos los países industrializados⁸³.

Sobre el particular, el profesor MARTIN MATEO señala que son “un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión del Derecho público”, la cual debe tener características para el cumplimiento de los fines de esta institución, a saber: énfasis preventivo, ponderación, integración, carácter participativo y el contexto de Derecho público⁸⁴,

⁸¹ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décimo novena, La actividad administrativa (I). La policía administrativa*, Universidad de Piura, revisión marzo 2010, pro manuscrito, pp. 18.

⁸² LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo, cit.*, p. 315. En la misma línea, DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del Medio Ambiente, 3ªed.*, Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 151-152.

⁸³ *Ídem*, p. 317.

⁸⁴ Vid. MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Thomson Aranzadi, 3ªed., Navarra, 2003, pp. 91-93. En la misma línea, coincidimos con ALENZA GARCÍA, J. F., “Desarrollo Sostenible” en SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Los principios jurídicos del derecho (...), cit.*, p. 1396, al advertir que “la evaluación de impacto ambiental es el

elementos que son perfectamente ajustables y modulados en otros contextos. Lo que persigue es diagnosticar en lo más cercano posible la situación a tratar, entrando en juego una técnica de interpretación, con el propósito de conocer y comprender el impacto total en cada una de sus etapas, calculada en un índice de incidencia y magnitud⁸⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, los Estudios de Impacto Ambiental (conocidos por sus siglas EIA), conforme al artículo 25º de la LGA contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos, debiéndose indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad⁸⁶.

Los EIA tienen un alcance cerrado y limitado, es decir, solo están destinados a evaluar previamente la repercusión medioambiental que pudiesen tener determinados proyectos de gran envergadura⁸⁷, situación

instrumento jurídico llamado a integrar las variables económica, ambiental y social en la toma de decisiones públicas y privadas con repercusiones ambientales. No obstante, no debe perderse de vista que el concepto de desarrollo sostenible es invocable y de perfecta aplicación en otros ámbitos en donde la Administración Pública actúa como cliente de los empresarios privados”.

⁸⁵ Para un análisis más sintético, el cual compartíamos, véase, GÓMEZ OREA, D., “La gestión ambiental y sus instrumentos”, en *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental (II)*, Coord., FRANCISCO JAVIER MELGOSA ARCOS, Fundación Cultural Santa Teresa, Ávila, 1999, pp. 531-533.

⁸⁶ Al respecto, cabe precisar que mediante los Decretos Supremos N° 054-2013-PCM del 16 de mayo de 2013 y N° 060-2013-PCM del 25 de mayo de 2013, se aprobaron disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar proyectos de inversión pública y privada. Estas disposiciones establecidas en los decretos en mención son de relevancia ambiental, pues pretenden acelerar la aprobación y puesta en marcha de grandes proyectos del sector empresarial, con el propósito de hallar un equilibrio entre la regulación ambiental y la promoción de las inversiones. Dicha situación se debió ante los reclamos del sector empresarial por la demora en la aprobación de los EIA, supuestamente provocando un exceso de regulaciones ambientales y cierta rigidez en las administraciones públicas al calificar.

⁸⁷ En ese sentido, el profesor DE MIGUEL PERALES señala que “el procedimiento de evaluación de impacto ambiental no se aplica a cualquier actividad que pudiera tener

que la encontramos corroborada con el listado contenido en el Anexo II de la LSNIA, al referirse a proyectos susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases de desarrollo. En suma, los EIA recaen necesariamente sobre actuaciones de carácter físico que presuponen un relevante potencial destructivo del medio ambiente, que son determinados por distintos criterios de protección ambiental contemplados en el Anexo V de la Ley en mención.

Estos instrumentos de gestión ambiental hasta cierto punto son aplicables a las contrataciones públicas, pues tanto las certificaciones ambientales, medidas de fomento, los estudios de impacto ambiental, y de manera posterior, la fiscalización y sanción ambiental tienen carácter obligatorio tanto en actividades privadas como públicas, por ende, también en los contratos públicos bajo el ámbito de aplicación o no el Decreto Legislativo N° 1017 que pudiesen tener incidencia negativa en el medio ambiente.

Por ejemplo, hay ejecuciones de obras públicas complejas cuyo marco jurídico podría ser el Decreto Legislativo N° 1017 (LCE) o el T.U.O-Decreto Supremo N° 059-96-PCM (concesión de obras públicas), en donde se requiere que el expediente técnico contemple las consideraciones referidas al impacto ambiental, el mismo que puede ser determinado por medio de un EIA – documento técnico que contiene todos los posibles impactos ambientales y la forma de mitigarlos o remediarlos– y así entender otorgada una declaración de viabilidad ambiental por el Ministerio del Ambiente o por la dirección de asuntos medio ambientales correspondiente. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de otros procedimientos de selección con objetos contractuales distintos a obras públicas, ya sea contratación de bienes o de servicios, o incluso en contrataciones directas (también llamado Adjudicación sin proceso-ASP). Por ello, es menester concluir que en sí ninguno de estos instrumentos de gestión ambiental –salvo en lo referente a las medidas de fomento por la asignación de puntajes

efectos sobre el medio ambiente”, vale resaltar, que la relación de las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental, en el sistema peruano y español, guardan similitud en cuanto el listado de actividades y criterios de protección ambiental (Cfr. *Derecho Español del Medio Ambiente, cit.*, pp. 156-157).

especiales, aunque de manera indirecta— significa un auténtico reconocimiento de la sostenibilidad ambiental en este ámbito contractual.

4.5. ¿Aplicación práctica o principio retórico?

Como ya se ha mencionado, el interés público es la finalidad de toda actuación gubernamental, y también de la contratación estatal que como todo acto administrativo debe seguir un procedimiento regular conforme ordena el mandato constitucional⁸⁸, el mismo que se concreta a través de la participación de los empresarios privados como coadyuvantes en la satisfacción de necesidades públicas por parte de la Administración Pública.

No obstante, para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos que persigue toda organización del Estado, su actividad contractual no solamente debe regirse por las normas sustantivas y procesales contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, sino que toma especial importancia una serie de principios del Derecho Administrativo —como los contenidos en la LPAG— que informan de su movimiento en el tráfico económico de la Administración Pública influyendo en los distintos procedimientos de selección como en la relación contractual⁸⁹.

Para el ordenamiento jurídico administrativo, la incorporación expresa de la sostenibilidad ambiental significa la conciliación de dos realidades aparentemente contradictorias como la protección al medio ambiente y el desarrollo económico⁹⁰; conciliación que en otros

⁸⁸ Vid. *Supra* cap. 1º, 2 y 3.2.

⁸⁹ Cfr., entre otros, el art. II.2 de la LPAG, con la Tercera Disposición Complementaria y Final de la misma Ley.

⁹⁰ Como bien señala MARTÍN MATEO, “los postulados de economía y ecología no son necesariamente contrapuestos, sino que cabe su integración armoniosa con base a lo que ha sido calificado como desarrollo sostenible (...)” (“La revolución ambiental pendiente”, en *Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente*, director JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, Civitas, Madrid, 2002, pp. 58-63). Asimismo, el autor ya había dejado anotado que la conflictividad entre el desarrollo cuantitativo y el cualitativo no tendría que darse si es que se adoptan las correspondientes precauciones dirigida al logro de concretos objetivos, dando lugar a lo que se puede calificar como “ecodesarrollo”. (Cfr. *Tratado de Derecho Ambiental*, V.I, Trivium, Madrid, 1991, pp.

dispositivos legales ya ha sido acoplada mediante fórmulas concretas, como por ejemplo se desprende de la lectura del artículo 37° de la LGA: “Las entidades públicas establecen medidas para promover el debido cumplimiento de las normas ambientales y mejores niveles de desempeño ambiental, en forma complementaria a los instrumentos económicos o de sanción que establezcan, como actividades de capacitación, difusión y sensibilización ciudadana, la publicación de promedios de desempeño ambiental, los reconocimientos públicos y **la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables**” (Resaltado agregado).

Asimismo, en el numeral 1 del artículo 82° indica que las normas, disposiciones, resoluciones sobre adquisiciones y contrataciones públicas considerarán lo señalado en el párrafo anterior (lo relacionado al consumo racional y sostenible, así como el ejercicio de comercio en condiciones ambientalmente adecuadas) en la definición de los puntajes de los procedimientos de selección de proveedores del Estado. Es decir, ese puntaje especial que sostiene la LGA, aunque limitado a un tipo de procedimiento de selección encaja adecuadamente en la mecánica de las contrataciones públicas y es perfectamente ampliable al resto de procedimientos que se encuentren bajo el ámbito objetivo de la Ley de Contrataciones del Estado. Se tratará de manera posterior, la forma que consideramos más adecuada respecto a la integración de la variante medioambiental en las contrataciones públicas.

Regresando al texto expreso de la LCE, tenemos que el principio de sostenibilidad ambiental reconocido solo toma como referencia la necesaria positivización del “componente ambiental” en las contrataciones públicas, pero dicho mandato legal obvió pronunciarse

379–380). En un escenario nacional, CORTEZ TATAJE, J. C., “Los principios que rigen la contratación pública”, en *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 220, marzo 2012, Lima, p. 259, refiere que “la incorporación de este principio comprende dos criterios básicos: el primero de ellos, es el criterio social, en el sentido de que, para temas contractuales es deber de los actores implicados, generar espacios de sensibilización y formación, con la finalidad de modificar los hábitos de la contratación, luego, se establece un criterio ambiental, que busca incorporar mediante la contratación, productos, servicios y obras ambientalmente saludables a fin de obtener beneficios ambientales, la optimización económica de su manejo y su aceptación social”.

respecto al cómo y de qué manera materializar aquel principio en cualquiera de las fases de contratación pública. En otros términos, el reconocimiento expreso de dicho principio no resolvió el problema, sino que volvió confusa la labor de los operadores logísticos, al no definir los contornos prácticos o técnicas de actuación sobre los cuales operaría la fórmula utilizada⁹¹, debiendo dotar de mayores dosis de racionalidad ambiental en las decisiones administrativas, y así que cobre virtualidad práctica el anhelado desarrollo sostenible⁹².

Como reflexión final del presente acápite, concluimos que se requiere una pronta actualización de los dispositivos legales en la aún vigente LCE, lo que incluye que nuestro legislador tenga en cuenta la necesidad de dotar de practicidad al principio de sostenibilidad ambiental⁹³ e instaurar una regulación más pragmática respecto a la

⁹¹ Son muchos los autores que coinciden que la falta de su aplicabilidad práctica convierte a la sostenibilidad ambiental en un principio vacío, y que tendría que plantearse en el surgimiento de la voluntad contractual, fundamentalmente en las bases administrativas, asegurando una ejecución contractual más respetuosa con el medio ambiente; en esta línea de opinión encontramos a los profesores españoles LOZANO CUTANDA y SANZ RUBIALES; en nuestro Derecho, tenemos a GUZMÁN NAPURÍ, RETAMOZO LINARES y FOY VALENCIA.

⁹² Vid. SANTO PADRE FRANCISCO, Carta Encíclica, *LAUDATO SI': Sobre (...), cit.*, pp. 110-112. Refiere la máxima autoridad eclesiástica, que en muchos aspectos normativos de políticas públicas falta articular formas prácticas y concretas para su cumplimiento "(...) en la administración del Estado, como en las distintas expresiones de la sociedad civil, o en las relaciones de los habitantes entre sí, se registran con excesiva frecuencia conductas alejadas de las leyes. Estas pueden ser dictadas en forma correcta, pero suelen quedar como letra muerta. ¿Puede esperarse entonces que la legislación y las normas relacionadas con el medio ambiente sean realmente eficaces? Sabemos, por ejemplo, que países poseedores de una legislación clara para la protección de bosques siguen siendo testigos mudos de la frecuente violación de estas leyes".

⁹³ Cfr. GARCÍA PAZ, J., "Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú", en *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas de la PUCP*, V.4, N°7, Lima, 2009, p. 48. Indica el autor que el Perú no se encuentra ni siquiera en un estado inicial del modelo de compra pública verde, lo cual no es acorde con la importancia económica que significa la contratación pública. Asimismo, indica como paso previo "(...) para que las compras verdes se hagan realidad en el Perú, se debe, en primer lugar, asumir un compromiso de Alta Dirección del Gobierno peruano. En ese sentido, el Ministerio del Ambiente y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado deben liderar la consecución de

sostenibilidad, sin que esto implique que el OSCE se encuentre imposibilitado de incentivar a todas las entidades públicas, que al momento de ejercer su poder adjudicador tengan en cuenta aquellas propuestas que sean ambientalmente más correctos y respetuosos con el medio ambiente, soporte del crecimiento económico.

5. Las Compras Públicas Verdes como una herramienta pública seguida en otros ordenamientos jurídicos.

Habiendo determinado que en nuestro actual régimen jurídico de contrataciones, la sostenibilidad ambiental es un principio con aplicación limitada por la falta de técnicas de articulación en concretas situaciones, es necesario exponer algunas fórmulas técnico – jurídicas de otros ordenamientos jurídicos, en los cuales está más desarrollada la materia de la sostenibilidad ambiental en la actividad contractual del Estado, en donde se cumplan con objetivos o valores de justicia social y protección del medio ambiente, convirtiendo a la contratación pública en un auténtico medio para cumplir políticas públicas y no un fin en sí misma.

Al respecto debemos indicar que el comportamiento ambiental que debe partir, tanto de los tomadores de decisiones, como de todos los agentes económicos en el tráfico contractual ha sido introducido en distintos ordenamientos jurídicos, a través de guías, manuales, directivas y normativa en específicos sectores, que de alguna forma positivizan el componente medioambiental en el ámbito de las contrataciones públicas, dotándolas de un carácter ejemplar para el fomento de conductas ambientalmente más respetuosas y socialmente responsables con los distintos actores jurídicos involucrados, orientándolos hacia estándares de protección ambiental más deseables.

5.1. Herramientas públicas en la Unión Europea

La Unión Europea (en adelante UE) ejerce potestades normativas propias en virtud al ámbito de poder cedido por los Estados miembros que se integran a ella, dando lugar a un ordenamiento jurídico especial

ese compromiso. Entonces, se convertiría en una política del Estado plasmada en el Acuerdo Nacional”.

que se impone –incluso con prioridad aplicativa respecto a las normas nacionales– con carácter general y obligatorio en todos sus integrantes, ya sea a través de directivas, decisiones, o cualquier otro instrumento⁹⁴.

Una herramienta pública son las denominadas compras verdes o ecológicas, la misma que en términos generales, denota jurídicamente y técnicamente un acercamiento necesario entre la contratación pública y el medio ambiente, dando lugar a lo que se conoce como una “ecologización de la contratación pública”⁹⁵, valorando las ofertas no solo desde un punto de vista económico, sino adoptando criterios medioambientales con el fin de contratar de la forma más respetuosa con el entorno donde recae dicho desarrollo contractual. Para esto se requiere de una intensa cooperación de todos los sectores interesados en los posibles niveles de acción para la mencionada ecologización.

Asimismo, la UE formuló la comunicación titulada “Contratación pública para un medio ambiente mejor”, publicada por la Comisión Europea en julio de 2008, en la cual se defendió que la contratación pública puede configurar tendencias de producción y consumo, y que una demanda significativa de productos “más ecológicos” por las autoridades públicas creará mercados para los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente o ampliará los ya existentes, ofreciendo con ello a las empresas un incentivo para desarrollar tecnologías ambientales. Por otro lado, una barrera que observó la Comisión de la UE es que las Administraciones contratantes suelen carecer de información técnica específica para determinar las consideraciones medioambientales que debería reunir determinado producto⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental (...), cit.*, pp. 151 y 152.

⁹⁵ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la política de productos integrados*, Bruselas, 2001, pp. 3-6. Disponible en: <http://www.pymesonline.com/uploads/tx_icticontent/ppi.pdf>. [Consultado el 25 de marzo del 2015]

⁹⁶ *Ídem*, p. 15.

5.2. Herramientas públicas en España

España ha pasado por una evolución gradual para incorporar el factor ambiental en el tráfico de las contrataciones públicas, la cual se debió a la incidencia normativa ambiental plasmadas en las directivas comunitarias ante el impacto contractual en la consecución del mercado interno, dándose una simbiosis requerida y deseable entre la contratación pública y la protección del medio ambiente⁹⁷, que en un comienzo las distintas directivas tuvieron como desafío inmediato la resistencia de la tendencia a una estable compra nacional.

En ese sentido, el Sexto Programa comunitario de acción en materia de medio ambiente pone de relieve el potencial que ofrece la introducción de la dimensión ambiental en la contratación pública como uno de los objetivos y metas del programa. Ello dio pie a que la incorporación de la variable ambiental a la contratación pública se realice por medio de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios, las mismas que fueron transpuestas por la Ley 30/2007, del 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público⁹⁸, y posteriormente ya adaptadas íntegramente por la nueva regulación vigente, esto es, el Real Decreto Legislativo 3/2011 del 14 de noviembre.⁹⁹ De esta última normativa hay que destacar importantes referencias medioambientales, tales como:

⁹⁷ Cfr. GONZALES-VARAS IBAÑEZ, S., *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 38.

⁹⁸ Ley 30/2007, del 30 de octubre, es consciente el legislador español que desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado, de tal forma, que en las sucesivas reformas que se han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esa legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias.

⁹⁹ Para un mayor estudio, consúltese LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental (...)*, *cit.*, pp. 443-448. En la LCSP, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, las valoraciones ambientales pueden calzar en diversas fases del procedimiento de contratación y con una funcionalidad muy diversa. En primer lugar, como condiciones que todos los operadores deben cumplir, pudiendo ser requisitos del pliego de prescripciones técnicas del contrato. Segundo, cuando se configuran como condiciones

- Están impedidos de contratar con el sector público, las personas naturales o jurídicas que han sido sancionadas por delitos relativos a la protección del medio ambiente o infracción muy grave en materia medioambiental. Asimismo, la Ley contempla que “las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que la rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión, o sucesión, de otras empresas en las que hubieran concurrido con aquéllas”. En este supuesto, la Entidad convocante efectúa una labor de garantía por el respeto y cumplimiento de las disposiciones legales, pudiendo ejercer –de ser el caso– la potestad sancionadora correspondiente, la cual deberá ser congruente y proporcional al valor constitucional de la protección medio ambiental (literal c numeral 1 del artículo 60°).
- La acreditación del cumplimiento de normas de gestión medioambiental que contempla el Derecho comunitario, podrá ser exigida por los órganos de contratación respectivos, como un requisito de solvencia técnica. Al igual que la medida anterior, se trata de hacer cumplir las disposiciones legales, en este caso, exigir el cumplimiento de gestiones medioambientales (artículo 80°).

especiales de la ejecución del contrato, debiéndose indicar oportunamente en el anuncio de licitación y en el pliego del contrato. Finalmente, en el proceso de selección de los contratistas, los órganos de contratación pueden exigir como requisito de solvencia técnica, la acreditación del cumplimiento de normas de gestión medioambiental mediante distintos instrumentos que contempla la legislación comunitaria. No obstante, el Tribunal de Justicia Comunitario Europeo en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*, reconoció “la posibilidad de que la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa”, siempre que los mismos, “estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación”. Esto fue el sustento jurídico para que en la Directiva 2004/18/CE exista la posibilidad de utilizar criterios ambientales para la adjudicación del contrato.

- Referencias a etiquetas ecológicas en la prescripciones técnicas, o cuando las consideraciones ambientales son tomadas en cuenta para la ejecución del contrato. En definitiva se tratan de **medidas de fomento**¹⁰⁰, entendiéndose por tal, a la actuación administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados sujetos, por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aún por desarrollar¹⁰¹. El eco-etiquetado es una ayuda jurídica – configurando una marca de garantía– que certifica características de calidad y componentes determinados amigables con el medio ambiente. Dicha técnica de fomento respeta los principios materiales y formales aplicables a las ayudas públicas¹⁰², en especial, el principio de proporcionalidad y el principio de subsidiariedad, ya que se dispensa –la etiqueta ecológica– para alcanzar los objetivos que el interés general persigue, entendidos como aquello que la contratación pública ha de satisfacer en relación con el medio ambiente (artículos 117º y 118º).
- A fin de objetivar que la valoración ambiental también sea una fuente de conocimiento para los potenciales colaboradores, es que la Ley ha previsto que el órgano de contratación pueda señalar en el pliego de condiciones, la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y otras disposiciones especiales. En suma, se trata de

¹⁰⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “La actividad administrativa (...), *cit.*, pp. 753 -757. De similar posición BERNARD-FRANK MACERA, para quien “las ayudas estatales ambientales a la industria consisten en la dispensación decidida por la Administración de un bien o de un derecho económico a una empresa, por cualquier medio directo o indirecto no constrictivo, sin contraprestación equivalente, al efecto de que lo destine a una actividad propia y determinada de adaptación a los requerimientos ecológicos, actividad a cuya financiación se contribuye de este modo (públicamente) al margen del mercado” (Cfr. *El deber industrial de respetar el ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 329).

¹⁰¹ *Ídem*, p.758.

¹⁰² Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Vigésima, La actividad administrativa (II). La actividad ablatoria y la actividad de fomento*, Universidad de Piura, revisión octubre 2007, pro manuscrito, p. 11.

actividad normativa jurídica del Estado orientada a facilitar el acceso a información, con lo cual se garantiza el principio de transparencia y publicidad (artículo 119°).

De igual forma, comunidades autónomas de España han incorporado la vertiente ambiental en la contratación pública, como el caso del País Vasco¹⁰³ el cual por medio del Manual Práctico de Compra y Contratación Pública Verde 2010, indica que “la Compra y Contratación Pública Verde (CCPV) es la compra o contratación de bienes y servicios considerando no sólo los criterios económicos o técnicos de los productos o servicios u obras a contratar, sino también el comportamiento ambiental de los mismos”, promoviendo una estrategia coordinada entre la oferta (las empresas) y la demanda (las Administraciones vascas) de productos y servicios con marcado carácter ambiental. Asimismo, se ha llevado a cabo una lista de productos y servicios que han sido priorizados de acuerdo a su nivel de impacto y de frecuencia en las administraciones públicas, observando las previsiones de contratación, su temporalización, el volumen económico de contratación anual y si las adquisiciones se realizan a través de contratación centralizada.

Como puede verse, este modelo extraído del Derecho español busca que la integración de las políticas ambientales en el régimen jurídico de la contratación sea, “un medio eficaz no sólo para reducir el impacto ambiental del consumo público, sino también para dirigir la conducta de los operadores económicos hacia estándares de protección ambiental que vayan más allá de los mínimos fijados por el ordenamiento

¹⁰³ Gobierno Vasco, *Manual práctico de compra y contratación pública verde: Modelos y ejemplos para su implementación por la administración pública*, 2010, p. 4. Disponible en: <http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus/contenidos/manual/contratacion_publica_verde/es_doc/adjuntos/2010.pdf>. [Consultado el 21 de febrero del 2015]. Asimismo, el último informe demuestra que la incorporación de cláusulas ambientales en la compra y contratación pública en el País Vasco y otras regiones de Europa ya es una realidad. Véase, Gobierno Vasco, *Informe de tendencias sobre Compra y Contratación Pública Verde*, julio 2015, p. 3. Disponible en: <<http://www.ihobe.eus/Paginas/Ficha.aspx?IdMenu=95390acd-6155-45cc-b339-1e2b3e4435ef&Idioma=es-ES>>. [Consultado el 26 de julio de 2015].

jurídico y para incentivar nuevas formas de producción y consumo”¹⁰⁴. Pues bien, se torna imprescindible dotar de una visión dinámica y un rigor jurídico-formal a la contratación pública, que incluya las nuevas tendencias de protección al medio ambiente.

En conclusión, en el siguiente capítulo se abordará cómo podría introducirse o mejor dicho, recurrir a una extrapolación para implementar una contratación pública verde a nuestra realidad jurídica¹⁰⁵, que de por sí presenta una serie de obstáculos, entre los que destacan, principalmente el desconocimiento de las compras verdes y su regulación, lo que oculta sus ventajas ambientales y económicas, y como consecuencia de ello, una falta de claridad técnico – jurídico de la utilización de criterios y cláusulas ambientales totalmente acordes al esquema normativo, efectuando un análisis a la luz de la actual regulación, y en lo necesario para mejorar el entendimiento, con remisiones normativas al PRLCE.

¹⁰⁴ En palabras de PERNAS GARCÍA, “la integración del medio ambiente en la fase de la preparación del contrato va a depender del marco jurídico aplicable y del nivel de conocimientos y del compromiso ambiental de la entidad contratante. Las posibilidades de integración varían en función del tipo de contrato y de la naturaleza de las prestaciones que se pretendan satisfacer. Pueden ser integradas, por ejemplo, cuestiones referidas a la eficiencia y ahorro energético, el impacto ambiental del producto o del servicio en la fase en la que se tratan los residuos o el carácter duradero del producto” (*Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011, p. 28).

¹⁰⁵ Cfr. GARCÍA PAZ, J., “Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica (...)”, *cit.*, p. 42. El autor encasilla adecuadamente, la idea que “el papel del gobierno consiste en ser el agente promotor o actor principal de las iniciativas verdes o ecológicas a partir de la elaboración de marcos legales que fomenten la mejora ambiental, así como la promoción de la innovación tecnológica para el desarrollo de nuevos productos o servicios que sean más respetuosos con el ambiente y, de esta manera, se incentiva el uso de productos más favorables para el medio ambiente por parte de los ciudadanos”.

CAPÍTULO SEGUNDO

IMPLEMENTACIÓN DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE O SOSTENIBLE

1. Un necesario paso previo

Como se estableció en el primer capítulo, lo que se busca es articular en la gestión contractual el valor jurídico que reviste el principio de sostenibilidad ambiental consagrado expresamente en la normativa de contrataciones a través de técnicas concretas de actuación, que como bien refiere el último párrafo del artículo 4° de la LCE, estos principios servirán de criterio interpretativo e integrador¹⁰⁶ para la aplicación tanto de la Ley como del Reglamento, así como también fija parámetros en relación a la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones estatales. Al respecto, cabe precisar que el presente capítulo sólo se centrará en la integración de la sostenibilidad ambiental en la fase preparatoria de los contratos públicos, más no en la ejecución contractual.

¹⁰⁶ Estas notas características de los principios, ampliamente estudiada en doctrina española, ha sido invocada por GUZMÁN NAPURÍ, para demostrar el trascendental rol de los principios del derecho administrativo en la organización del ordenamiento jurídico, específicamente en el terreno de las contrataciones estatales, donde sirven de base para un desarrollo jurídico, cubriendo vacíos normativos (Cfr. “Un acercamiento a los (...), *cit.*, p. 204).

Desde esta perspectiva, el modelo de compra pública verde adquiere una trascendental funcionalidad en la contratación pública, integrando diversos criterios medioambientales, sociales y éticos en las distintas fases del procedimiento de contratación, en tanto debe verse reflejada en la fase *in fiere*, como en la *in facto esse*¹⁰⁷.

Ante esta situación, se han detectado hasta cuatro formas de implementar el factor medioambiental en las contrataciones públicas a nuestra realidad jurídico – social, para que de esta manera no se produzcan conflictos o zonas contrapuestas entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico. A continuación se mencionará cada una de estas formas de implementación, explicando las razones de por qué nos decantamos por la propuesta que consideramos refleja mejor la incorporación del principio de sostenibilidad ambiental:

- a. Como un **Requerimiento Técnico Mínimo** (en adelante RTM), en este escenario, el Comité Especial *Ah hoc* o permanente deberá incluir en la elaboración de las bases administrativas¹⁰⁸ especificaciones técnicas ambientales como una exigencia indispensable para que las ofertas presentadas sean consideradas válidas. Sin embargo, dichos RTM “no deben ni pueden responder a limitaciones o condicionamientos de los proveedores existentes en el mercado local, sino que por el contrario, tiene que responder a la funcionalidad y operatividad de los bienes requeridos en relación a las necesidades que se pretende satisfacer”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. FOY VALENCIA, P., “Consideraciones sobre la contratación pública (...)”, *cit.*, pp. 337 y 338.

¹⁰⁸ Las Resoluciones N°159-2002-TC-S2 del 14 de marzo de 2002 y N° 023-2002-TC-S2 del 17 de enero de 2002, precisan que las bases administrativas son consideradas como la “Ley del Contrato de la Administración”, pero no en el sentido de una norma general reguladora del procedimiento de preparación y ejecución de la voluntad contractual, y mucho menos de una norma legal, en sentido estricto, sino, que dichas bases constituyen reglas de juego a que deben someterse tanto los miembros del Comité y la Entidad cuando se elabora y suscriba el contrato, así como fundamentalmente los participantes en todo proceso de selección.

¹⁰⁹ Pronunciamiento N° 376-2005/GTN del 22 de diciembre de 2005.

Sobre el particular, consideramos que para determinar la naturaleza jurídica de los RTM, se debe analizar desde la perspectiva del sujeto sobre el cual recae el mismo. Primero es un deber público del área usuaria formular dichos requerimientos de la manera más acorde con la finalidad pública que se busca satisfacer con la participación de los particulares. Y segundo, los RTM se configurarán como cargas para los aspirantes a colaboradores privados de la Administración Pública, con lo cual constituyen una necesidad jurídica el realizar determinada conducta. De esta manera, se obtendrá determinado beneficio, o evitará un perjuicio, pues su incumplimiento no lo convierte en una actuación ilícita ni genera responsabilidad, entrañando únicamente la pérdida de participar en los respectivos procedimientos de contratación¹¹⁰.

Ahora bien, una vez determinado esto, cabe mencionar que los RTM no pueden ser calificados como factores de evaluación, pues tienen diferente funcionalidad y operatividad, principalmente porque éstos últimos se articulan después de la verificación de los RTM. Pese a ello, vale puntualizar que aquella propuesta técnica que supere en términos de calidad y eficiencia los RTM puede ser materia de evaluación, siempre y cuando, así esté consignado en las bases administrativas y no suponga un costo para la entidad¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Sexta, El Administrado y sus situaciones jurídicas, cit.*, p. 15.

¹¹¹ Al respecto, se puede revisar la Resolución N° 1937-2014- TC-S4 del 25 de julio del 2014, en la cual si bien, la adjudicataria alega que el bien ofrecido superaría el requerimiento técnico mínimo descrito en las bases integradas, lo cierto es que debió darse estricto cumplimiento al requerimiento formulado por el área usuaria y, en caso el comité especial verificase dicho aspecto, correspondía formular la consulta al área usuaria a efectos de adecuar el citado requerimiento. El fundamento de fondo del impugnante apuntó que el equipo de radiocomunicación banda HF ofrecido por la adjudicataria no es acorde con el consignado en las bases integradas, pues la banda VHF/UHF presenta alta calidad de transmisión y gran estabilidad, y no depende de las condiciones medioambientales o del instante del día en que uno se encuentre, mientras que la banda HF presenta como inconveniente la baja calidad de la transmisión, toda vez que las señales transmitidas se encuentran expuestas a diversos efectos de distorsión (absorción atmosférica, elevado ruido, un acusado multi-camino, entre otros)

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, ya se han advertido que en la práctica logística de las entidades públicas, el comité especial al elaborar las bases administrativas, distorsiona los requerimientos técnicos mínimos con los factores de evaluación, ya sea por un desconocimiento de los instrumentos emitidos por el OSCE, o con el propósito de direccionar el procedimiento de contratación, tal como se puede observar con ciertos ejemplos del abundantísimo quehacer pre-contractual, como exigir documentación meramente formal sin que tenga conexión práctica con la viabilidad de la prestación pactada, o solicitar más de un tipo de experiencia para un mismo profesional¹¹².

A nuestro entender, exigir como RTM un criterio medioambiental que se pueda concretizar en la exigencia de una ecoetiqueta o certificación ambiental, puede resultar más que discutible, pero siempre dependiendo del escenario¹¹³. Esta es la posición que al parecer ha seguido nuestro sistema, pues desde un punto de vista

y condiciones de transmisión extremadamente variables, en función del momento del día, estación del año, actividad de las manchas solares, tormentas ionosféricas, etc.; por tales razones, las bandas son diferentes.

¹¹² Pronunciamiento N° 1465-2014/DSU del 28 de noviembre de 2014. La Municipalidad Provincial de Talara en la Licitación Pública N° 012-2014/CE/LP-MPT, convocó para la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra: "mejoramiento del servicio de agua potable y alcantarillado en la urbanización Felipe Santiago Salaverry I y II etapa e instalación de la planta de tratamiento en la ciudad satélite, provincia de Talara, Piura - código SNIP N° 248976"; donde se dejó anotado que solicitar dos (2) tipos de experiencias para un mismo profesional resultaría excesivo, toda vez constituye un doble requisito que podría limitar la competencia innecesariamente.

¹¹³ En reiteradas ocasiones, la exigencia de certificaciones ISO se debe a la gran incidencia que está teniendo la actividad contractual del Estado, y así incrementar la eficiencia y eficacia en la satisfacción del interés general. Al respecto, véase, CÉSPEDES ZAVALETA, A., "Los retos de la certificación ISO: La mejora continua de la Administración Pública peruana", en *Revista de Derecho ITA IUS ESTO*, Universidad de Piura, Piura, diciembre 2012, p. 53, quien refiere que "la modernización de la Administración Pública peruana implica el adaptarse a nuevas nociones y cambios que permitan contribuir a una mejor atención de los fines de interés público, que constituyen el objetivo primordial de ésta. Bajo esa línea de reflexión, las innovaciones que se han realizado en los últimos años en el sector privado exigen adecuaciones necesarias de ser extrapoladas al sector público y en algunos casos implican la redefinición de numerosos procesos y procedimientos al interior de éste".

funcional, el Tribunal de Contrataciones del OSCE ha establecido que “los Certificados ISO no son exigidos por las autoridades nacionales para la válida comercialización de los productos en el mercado peruano. Tampoco garantizan las bondades del producto final sino solamente que el procedimiento realizado para su fabricación se ha sujetado a determinados estándares establecidos internacionalmente”¹¹⁴, debido a que la máxima instancia en materia contractual objetivamente entendió que colisionaba frontalmente con el principio de libre competencia o de competitividad en las compras estatales, el cual encuentra su reflejo tangible cuando se elaboran las condiciones de las bases, los RTM del bien, servicio u obra a contratar, los factores de evaluación y los métodos de calificación, debiendo la entidades de la Administración Pública que estén bajo el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo implementar una plataforma con amplios márgenes de competitividad, lo que recaerá, obviamente, sobre un tratamiento concurrencial adecuado para servir objetivamente al bienestar común.

- b. Como **cláusulas medioambientales obligatorias** en el texto expreso de la Ley de Contrataciones del Estado, tal como se ha dado en otros ordenamientos jurídicos, donde cabe la posibilidad

¹¹⁴ La Opinión N° 130-2009/DTN del 30 de noviembre de 2009 indicó que “los ISO no han sido incorporadas de modo obligatorio dentro de la regulación técnico nacional sino que constituyen normas de carácter voluntario que establecen requisitos dirigidos al sistema de calidad de una organización y que van a permitir la fijación de las pautas organizativas entre los diferentes departamentos o servicios de la empresa, para que puedan producir con calidad, de lo que se concluye que no garantizan la calidad de los productos, sino que aseguran que determinada empresa puede ofrecer su producto con un estándar de calidad y producción predecibles”. Asimismo, la Resolución N° 551-2013-TC-S1 del 14 de marzo de 2013 ratificó la opinión anterior al señalar que: “En vista que las certificaciones ISO no constituyen una condición determinante para la operatividad y/o calidad de los bienes o servicios que una Entidad requiere adquirir o contratar, no pueden ser considerados como requerimientos técnicos mínimos, máxime si su cumplimiento no es requerido por norma nacional alguna. Sin perjuicio de ello, pueden establecerse como factor de evaluación, a efectos de premiar con puntaje el cumplimiento de ciertos estándares internacionales, siempre que dicho factor observe criterios objetivos, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria y se haya precisado en las Bases los alcances de la certificación requerida”.

de incluir no sólo cláusulas sociales, sino que cabe también integrar cláusulas de tipo ambiental, que objetivamente otorguen preferencias a los postores que fabriquen productos con una etiqueta ecológica o que se sometan voluntariamente a auditorías ambientales, debiendo existir conexión técnico jurídico con el objeto del contrato administrativo, así se demuestra por ejemplo en la legislación española¹¹⁵.

Al respecto, antes de entrar al sistema de contrataciones peruano, resulta conveniente señalar que las cláusulas contractuales en el Derecho público –en sentido amplio– están destinadas a formar parte del contenido obligatorio de los contratos que celebre la Administración Pública independientemente del régimen jurídico que se trate; cláusulas que son incompatibles en los contratos privados, puesto que “rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual”¹¹⁶ que subyace en este tipo de contratación. Por ello, las cláusulas de Derecho público se incorporan automáticamente a todos los contratos suscritos, siendo de obligatorio cumplimiento en la proforma o las bases del procedimiento de contratación, sin que puedan excluirse ni por mutuo acuerdo¹¹⁷, toda vez que es una condición mínima que debe tener dichas bases o reglamentación indispensable de todo procedimiento de selección consignadas en las disposiciones generales, tal y como ordena el artículo 26° de la LCE.

Nuestra actual LCE únicamente regula tres cláusulas contractuales que tienen carácter de obligatorias entre la relación Administración Pública y colaboradores privados, estipuladas en

¹¹⁵ Cfr. SANZ RUBIALES, I., “Eficacia en la contratación administrativa”, *cit.*, p. 719; el autor español indica “(...) la Ley peruana no alude a dicha posibilidad. Únicamente menciona el artículo 4 m) el principio de sostenibilidad ambiental que procura evitar impactos ambientales en concordancia con las normas en la materia. Refiriéndose al ordenamiento ambiental, sin ir más lejos”.

¹¹⁶ DROMI, R., *Derecho Administrativo, T.I, (...) cit.*, p. 467. Asimismo, para el civilista italiano VINCENZO ROPPO, “la cláusula es la unidad elemental del texto (y por consiguiente, del reglamento) contractual: es una disposición homogénea con la cual las partes regulan un determinado aspecto de su relación, nacida del contrato (...)” (Cfr. *El Contrato*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 427).

¹¹⁷ Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 235-236.

el artículo 40º de la Ley, las cuales son: en primer lugar, por las garantías (fiel cumplimiento, por el monto diferencial de la propuesta y por los adelantos). En segundo lugar, encontramos la cláusula referente a la solución de controversias por medio de la conciliación y/o arbitraje, que opera desde la suscripción del contrato, y finalmente, la cláusula de resolución de contrato por incumplimiento, que para su aplicación requiere, básicamente de intimación vía notarial y persistencia en el incumplimiento, salvo determinados supuestos¹¹⁸.

Respecto a esta posición, un sector de la doctrina¹¹⁹ señala que “la imposición de cláusulas ambientales es factible, pero siempre que se respete el principio de no discriminación”, teniendo un efecto inmediato en contribuir en la fase de ejecución del contrato a favor de la protección del medio ambiente. No obstante, se debe indicar que plasmar el factor ambiental por medio de una cláusula contractual, y dotarle de carácter obligatorio tendría por efecto próximo reducir significativamente la concurrencia de postores, o incluso habiéndose presentando participantes o postores con sólidas propuestas técnicas y una atractiva oferta económica, tendrían que verse coaccionados contractualmente por la Administración Pública a introducir consideraciones medioambientales, sin tener en cuenta que dentro de una lógica contractual, es al participante a quien debe dársele en primer lugar, la oportunidad de acoplar los criterios medioambientales en

¹¹⁸ Arts. 167º, 168º y 169º del RLCE. En similar sentido, los arts. 138º y 139º de la NLCE.

¹¹⁹ OLLER RUBERT, M., “La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *RCDA*, *V.I*, Nº1, Cataluña, 2010, pp. 7-30. La autora, a partir de la influencia de las directivas comunitarias en la legislación española, es partidaria de la “ecologización de la contratación pública”, enfatizando por “(...) un mayor peso de los criterios en la adjudicación del contrato y posterior ejecución, así como de una mayor implantación de medidas de fomento, como las etiquetas de los productos sostenibles, que permiten una mejor y más completa información a los ciudadanos, que pueden con ello valorar y decidir sobre la actuación de las Administraciones y el cumplimiento (...)”.

su propuesta técnica, reduciendo al máximo cualquier intento de obligatoriedad¹²⁰.

- c. Cabe también la posibilidad de otorgar **bonificaciones adicionales** a aquellas propuestas técnicas que sean respetuosas con el medio ambiente, o que integren un criterio ecológico en la propuesta técnica, en directa relación con el objeto de la contratación dependiendo del tipo de procedimiento de selección. Las bonificaciones adicionales –jurídicamente– son definidas como asignaciones especiales, vía ficción legal de una ventaja en la competencia a un sujeto discriminado¹²¹ en los concursos en que el Estado es parte de la relación contractual. Esto no debe confundirse con las bonificaciones porcentuales que consisten en asignar una bonificación en términos de porcentaje a la sumatoria de las calificaciones tenidas¹²².

¹²⁰ Un argumento en contra, lo encontramos en diversos temas relacionados a contrataciones con el Estado, pues diversos autores como GARCÍA CALDERÓN MOREYRA citado por ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO señalan que “(...) nadie está obligado a contratar con el Estado. Es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad en la medida en que desee contratar por ser una exigencia de éste” (*Notas al Curso de Derecho Administrativo. Lección Décima Quinto, Contratos Públicos, cit.*, p 93).

¹²¹ Para entender mejor la conceptualización de discriminación, véase, MACHADO RUIZ, D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75 y 76, quien define a la discriminación como “un trato diferenciador a determinadas personas o grupos por menosprecio hacia sus peculiaridades personales o sociales, que los distinguen y apartan del canon de normalidad imperante en el sistema social, colocándolos en una situación de desventaja que obstaculiza su acceso al ejercicio de determinados derechos o beneficios, (...) Asimismo, se deben implementar medidas antidiscriminatorias en ámbitos especialmente sensibles”. Por otro, GIMÉNEZ GLUCK refiere que las medidas de discriminación inversa con acciones positivas consistentes en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en determinados procesos selectivos, cuyo objetivo no es superar una determinada desigualdad, sino proteger ese rol inferior y favorecido con medidas razonablemente más garantistas (Cfr. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 77-85).

¹²² Cfr. DROMI, R., *Derecho Administrativo, T.II*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 298 y 299. Asimismo, señala con acierto que el fomento administrativo, “es una actividad de la Administración que trata de *ayudar*, encauzar y orientar la *iniciativa privada* cuando

Como ejemplos de lo mencionado, tenemos las medidas que buscan favorecer a quienes utilicen bienes producidos en el país o de incentivar la introducción del mercado a las micro y pequeñas empresas, reguladas en el artículo 19° de la LCE y el artículo 20° del RLCE (referente a la posibilidad de fraccionamiento por su participación), el artículo 39° de la LCE y el artículo 155° del RLCE (retención del 10% del monto del contrato como garantía de fiel cumplimiento, sustituyendo a la obligación de entregar una carta fianza por el monto establecido¹²³), el artículo 73° del RLCE (preferencia en caso de empate de varios postores), el artículo 146° del RLCE (preferencia de efectuar las subcontrataciones) y finalmente es importante recordar la redacción del inciso 6 del artículo 71° del RLCE, que indica que para la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de la provincia de Lima y Callao, y sus montos correspondan a determinados procesos de selección (Adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía), se le asignará una bonificación adicional del 10% sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica, a los postores con domicilio en la provincia donde se ejecutará la obra o prestará el servicio¹²⁴. La técnica utilizada es la discriminación inversa o acciones positivas como tratos preferenciales a sujetos determinados para lograr su acceso en igualdad de condiciones en la actividad contractual del Estado, es decir, se tratan de excepciones al principio de equidad, las cual en cierta medida ya han sido admitidas constitucionalmente¹²⁵. En tal

ésta se muestra insuficiente, (...) la Administración persigue los fines públicos sin el empleo de la coacción (...).”

¹²³ Ampliamente desarrollado por la Opinión N° 090-2012/DTN del 06 de septiembre de 2012.

¹²⁴ Consideraciones extraídas de ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo. Lección Décima Quinto, Contratos Públicos, cit.*, p 26.

¹²⁵ Ver la sentencia recaída en el expediente N° 0261-2003-AA/TC del 26 de marzo de 2003. En esta oportunidad nuestro supremo interprete de la Constitución indicó en el fundamento 3.2 de la referida sentencia que, “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

sentido, siguiendo esta línea se trataría de utilizar los fundamentos que justifican la discriminación inversa, otorgándole una bonificación o puntaje adicional a aquella propuesta técnica que en términos concretos y de fácil constatación tenga en cuenta criterios medioambientales o ecológicos, lo que contribuiría a un mejor cumplimiento de la satisfacción del interés público.

Frente a ello, consideramos que para utilizar de manera correcta la figura de la discriminación inversa, el sujeto favorecido debe encontrarse en una posición de mayor desigualdad, para posicionarlo o nivelarlo a límites claramente más competitivos, situación que no es acorde, puesto que otorgar un puntaje adicional a postores (sin importar que se trate de una PYME) que no entran en la competitividad contractual sin desigualdad alguna, sería desnaturalizar dicha figura en mención, generando el efecto contrario que busca conseguir.

- d. Como última opción, tenemos una propuesta de **actualización de nuevos factores de evaluación**, lo cual conllevaría que los tradicionales factores regulados en los artículos 44°, 45°, 46° y 47° del RLCE (garantías, plazo de ejecución, disponibilidad de repuestos, experiencia, entre otros, dependiendo del objeto de contratación que se pretenda satisfacer), se le adicione un nuevo factor de evaluación “ambientalizado”, el cual denominaremos “factor medioambiental”, que consistirá en que una propuesta técnica no podrá alcanzar el máximo puntaje (teniéndose en consideración que el puntaje y forma de asignación depende del objeto del contrato, y de lo establecido en las bases integradas) si es que no acredita el cumplimiento de ese factor ambiental¹²⁶, y

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”; líneas posteriores el Tribunal Constitucional concluye que “(...) 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”.

¹²⁶ Por ejemplo, todas las entidades públicas requieren de la instalación y puesta en funcionamiento –que incluya mantenimiento periódico– de extinguidores para el

como se sabe, lo primero que se califica es la propuesta técnica, la misma que necesariamente tiene que alcanzar un puntaje de sesenta (60) como mínimo para pasar a acceder a la evaluación de las propuestas económicas, salvo en el caso de contratación de servicios y consultoría en que el puntaje mínimo es de ochenta (80), de lo contrario serán descalificadas¹²⁷.

Consideramos esta última opción la más adecuada y de mejor adaptabilidad a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que exigir el componente ambiental como una exigencia mínima de la oferta para que sea tomada como válida, podría ser más limitativo a la concurrencia de postores, colisionando con otro principio de igual fuerza vinculante y valor jurídico regulado en la misma Ley. Sobre esta última opción versarán las páginas siguientes, pero debemos adelantar que un rasgo de adoptar esta postura –más ventajoso que significativo– es el escenario y momento ideal que está por atravesar nuestra normativa contractual.

correcto resguardo del plan de protección contra incendios en los locales institucionales, el cual podrá convocarse por relación de ítems o no, iniciándose el respectivo procedimiento de selección, cuyas bases administrativas establecen los siguientes factores de evaluación: plazo de entrega (30 puntos como máximo), disponibilidad de servicios y repuestos (25 puntos como máximo), mejoras a las características técnicas de los bienes que no supongan costo adicional a la entidad (30 puntos como máximo) y compatibilidad medioambiental (15 puntos como máximo). Llegados a la etapa de evaluación resulta que quedan tres ofertas válidas, es decir, dichas ofertas cumplen idóneamente en términos mínimos con la funcionalidad y operatividad que busca satisfacer el interés público. Como paso siguiente, se procede a la evaluación: Propuesta x) cumple con el máximo de puntaje para el plazo de entrega y mejoras adicionales, obteniendo un total de 80 puntos. Propuesta y) cumple con el máximo de puntaje en el plazo de entrega y disponibilidad de servicios y repuestos, obteniendo un total de 80 puntos. Propuesta z) cumple con el máximo puntaje en la disponibilidad de servicios y repuestos, y en la compatibilidad medioambiental de los bienes, obteniendo un total de 75 puntos. Las tres propuestas pasan a la evaluación de la propuesta económica, en la cual se determinará la propuesta ganadora, cuya evaluación consistirá en asignar el puntaje máximo a la de menor monto. Este ejemplo ilustrado, demuestra que incluir legislativamente un criterio medio ambiental, no limita en lo absoluto la concurrencia de postores, pues accesiblemente los postores de la propuesta x), y) o z) podrían ser adjudicatarios de la buena pro y posteriormente perfeccionar el vínculo contractual por medio del contrato respectivo, orden de compra o de servicio.

¹²⁷ Confrontar con los arts. 28° y 29° del PNLCE.

2. Generalidades para la evaluación de la oferta. Especial referencia a la Propuesta Técnica

Siguiendo la solución propuesta en el capítulo anterior, esto es, fomentar un sistema de compras públicas verdes, y habiéndose determinado que la actualización de los factores de evaluación es la mejor forma de integrar un criterio medioambiental, queda encontrarle un ámbito específico de actuación, y para este caso, debemos mencionar que la sostenibilidad ambiental puede y debería concretarse en fórmulas eficaces en las tres fases de los procedimientos de contratación y, que a nuestro entender, es especialmente relevante en la fase *in fieri* (lo relativo a la formación y suscripción del contrato), es decir, nuestro legislador al integrar la variante ambiental debe regularla de manera expresa como un factor de evaluación, que para algunos casos serán obligatorios y para otros facultativos.

Con relación a los factores de evaluación, nuestra actual LCE y su Reglamento, no regula técnicas concretas que articulen el principio de sostenibilidad ambiental, puesto que la normativa prevé que determinados factores de evaluación para algunos casos –contratación de servicios, consultoría y ejecución de obras– sean de obligatoria consignación. Cabe adelantar que el PRLCE establece como criterio de evaluación fijo al precio, inclusive con un puntaje inalterable (de 60 a 100), haciendo presumir que prioritariamente se busca la consolidación de políticas referentes a la transparencia, modernización y simplificación de las contrataciones públicas, bajo la próxima entrada en vigencia de la Ley N° 30225, más no una completa y transversal integración del componente medioambiental con marcados escenarios de actuación, pero ello no le resta valor a puntuales aciertos.

En ese sentido, como en todo contrato administrativo, el postor acepta previamente las condiciones establecidas por la Administración Pública licitante, pues los administrados no tienen en exclusiva el derecho a exigir la posición jurídica de contratista, pero sí una expectativa a serlo, es decir, derecho a ser postores, puesto que las Administraciones Públicas al ejercitar su poder adjudicador están realizando una distribución de bienes que todos los administrados tienen

derecho a optar en un procedimiento reglado¹²⁸, por ello cuando el postor acepta la participación en determinado procedimiento de contratación, lo que en realidad hace es aceptar lo contenido en las bases administrativas de lo que será el contrato de gestión patrimonial de colaboración, haciéndosele vinculante, por lo que deberá cotejar todos los riesgos y las posibles situaciones que han de desenvolverse en la práctica contractual.

Con carácter general debemos indicar que el sustento, en cuanto calificación del procedimiento de contratación lo encontramos desarrollado en los dispositivos de larga de extensión que van desde el artículo 42° hasta el artículo 47° del RLCE referidos al método de evaluación de las propuestas, así como los factores de evaluación aplicables a todos los procedimientos de selección, salvo en tres supuestos, en primer lugar, procesos convocados bajo la modalidad de Convenio Marco, donde la utilización de factores de evaluación es facultativa¹²⁹, seleccionándose los proveedores con los que las entidades deberán contratar bienes y/o servicios que requieran y son ofertados en los catálogos electrónicos. En segundo lugar, en las contrataciones sujetas a la modalidad de Subasta Inversa no se aplican puntajes, bonificaciones, promociones u otros beneficios adicionales que impliquen una evaluación distinta, y ello es razonable porque la adjudicación de la buena pro es otorgada a la propuesta de menor costo por tratarse de contratación de bienes y servicios comunes. Y finalmente, para la contratación de obras que correspondan a adjudicaciones directas

¹²⁸ Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Quinta, Contratos Públicos, cit.*, p. 3. Sostienen que “(...) la Administración Pública ejerce actos de justicia distributiva, pues en el tráfico contractual estatal, se efectúa una distribución a lo que todos los administrados pueden acceder si ostentan las capacidades exigidas”. Por otro lado, el profesor GUZMÁN NAPURÍ, explica sintéticamente la manera en que los proveedores se relacionan con la Administración Pública a fin de proporcionar bienes, servicios u obras, por ello es que “(...) un proveedor puede ser primero un participante, una vez que se registra; un postor, una vez que presenta su propuesta; un adjudicatario, una vez que obtiene la Buena Pro; y finalmente, un contratista, una vez que el contrato se ha perfeccionado” (Cfr. *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis (...) cit.*, p. 159).

¹²⁹ Cuarto párrafo del art. 43° del RLCE. Asimismo, véase, la Directiva N° 017-2012-OSCE/CD aprobada mediante Resolución N° 292-2012-OSCE/PRE, del 18 de setiembre de 2012, la cual busca precisar y uniformizar los criterios para la implementación de la modalidad especial de selección de Convenio Marco.

selectivas y adjudicaciones de menor cuantía no se establecerán factores de evaluación, valorándose únicamente la propuesta económica con lo indicado en el respectivo expediente técnico.

2.1. Actual regulación de los factores de evaluación de la propuesta técnica

Los factores de evaluación consagrados en la normativa tienen como finalidad asegurar la calidad de la propuesta técnica y la oferta económica¹³⁰, las cuales no tendrían que significar en sí mismo limitaciones o condicionamientos de los participantes existentes en el mercado local o de ser el caso, internacional, sino que su auténtica razón de ser es la funcionalidad y operatividad de los bienes, servicios y obras requeridas en relación con las necesidades públicas que se pretende satisfacer¹³¹.

La importancia de los factores de evaluación son de tal magnitud que determinan la elección de la oferta del contrato más ventajosa¹³², la misma que no sólo se formula atendiendo al precio, sino, por el contrario, a parámetros extraeconómicos que deben reflejarse a lo largo de las dos fases del procedimiento de contratación pública y consiste en ponderar el valor o cuantía de la contratación con otras características como la

¹³⁰ El segundo párrafo del art. 70º del RLCE establece que “Las propuestas técnica y económica se evalúan asignándoles puntajes de acuerdo a los factores y criterios que se establezcan en las Bases del proceso, así como a la documentación que se haya presentado para acreditarlos”. En la misma línea, la Opinión N° 041-2014/DTN del 26 de junio de 2014 precisó que “el Comité Especial no puede establecer formas de acreditación de la experiencia que no sean aquellas contempladas en la normativa de contrataciones del Estado, (...)”, es decir, se trata de asegurar la calidad de la oferta.

¹³¹ Aquella búsqueda del interés general tiene que materializarse desde el requerimiento del área usuaria al interior de la entidad sin orientar la contratación hacia determinadas marcas o postores en el mercado, pues dicho requerimiento será tomado en cuenta para elaborar los factores de evaluación. Ver Opinión N° 024-2015/DTN del 30 de enero de 2015.

¹³² Cfr. CARBONERO GALLARDO, J. M., *La adjudicación de los contratos públicos*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 423-424. Con acertado criterio, el autor indica que la elección que debe ser la más ventajosa es una expresión acuñada en el derecho comunitario, que no sólo se determina bajo criterios dinerarios, sino bajo parámetros sociales que busquen la satisfacción del interés general.

calidad, objetivos ambientales, traslado de riesgos, ciclo de vida del producto, reducción de barreras burocráticas, entre otros.

Un ejemplo extraído del Derecho comparado, que podría ser fácilmente comprensible y adaptable a nuestro régimen jurídico, en relación a lo que se viene sosteniendo es lo desarrollado jurídicamente en la sentencia del 4 de diciembre de 2003 – Asunto C-448/01, *EVN y Wienstrom GmbH*, donde el Tribunal de Justicia Comunitario Europeo realizó la elección de la oferta más ventajosa no sólo en indicadores económicos del contrato de suministro de electricidad, sino que valoró positivamente consideraciones medioambientales, como por ejemplo, que el suministro eléctrico (generación, transporte y distribución) fuese generado a partir de energías renovables, es decir, se utilizó un criterio medioambiental que sirvió de orientación para alcanzar la satisfacción del interés público en un rubro tan complejo y de muchas aristas técnico jurídicas, donde “los mayores costos de inversión y de generación que usualmente presenta la energía eléctrica renovable no convencional en comparación con la energía proveniente de fuentes convencionales, es la principal desventaja con que se enfrenta su promoción y la misma que se debe básicamente a aspectos técnicos y de mercado, pero también influyen aspectos legales y hasta sociales”¹³³. No obstante, debemos recordar que el hecho que los factores de evaluación en la propuesta técnica no sean “netamente económicos” no significa *per se*, que no tengan connotación económica alguna, pues siempre encierran una utilidad y costo económico a largo plazo¹³⁴.

La LCE y su RLCE regulan, dependiendo del objeto del procedimiento de contratación, una serie de factores de evaluación, teniendo las Entidades concursantes un reducido ámbito de

¹³³ GAMIO AITA, P., “El reto de las energías renovables”, *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, p. 459.

¹³⁴ Volviendo al ejemplo planteado líneas atrás, el hecho que la Entidad convocante haya adjudicado la buena pro al concursante “Y”, cuya propuesta técnica contemplaba un criterio medioambiental, señalando que la composición de los extintores poseen propiedades de bajo toxicidad, sin halones (que causan efectos negativos en la capa de ozono), o que la “nieve carbónica” es más respetuosa, no significa *per se* que carezca de valoración económica, puesto que su utilidad serán apreciables a mediano o largo plazo, teniendo suficientes razones de utilidad pública.

discrecionalidad de actuación¹³⁵, lo cual no necesariamente conlleva a actuaciones arbitrarias o vacías de razonabilidad¹³⁶, pues el comité especial al elaborar las bases administrativas fija el puntaje de los factores de evaluación dentro de los márgenes que la normativa le brinda, con excepción a la adquisición de bienes y servicios en general, debiendo cumplir con los “candados institucionales” a los que se refiere el artículo 43° del RLCE, esto es, los factores técnicos que el comité especial considere relevantes a evaluar, distintos a los consagrados en la norma, tienen que ser objetivos y congruentes, sujetándose a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Los artículos 44°, 45°, 46° y 47° del RLCE regulan los factores de evaluación –“criterios de evaluación” para el proyecto del RLCE– para la contratación de bienes, de servicios en general, de servicio de consultoría y de obras, respectivamente. Para el caso de contratación de bienes es la que más factores de evaluación regula, pues se entiende que se requiere del cumplimiento de mayores requisitos, por la naturaleza de la adquisición y funcionalidad que ha de revestir la materialización del interés público. En ese sentido, los factores de evaluación regulados actualmente en nuestro sistema de contrataciones, los cuales dependen del objeto del procedimiento de contratación son el plazo de entrega, experiencia, disponibilidad de servicios y repuestos, capacitación personal de la entidad licitante, personal propuesto, garantía comercial del postor o fabricante, cumplimiento de la prestación o servicio, mejoras

¹³⁵ Una actuación administrativa es discrecional cuando la Administración, al hacerla efectiva, puede optar por distintas soluciones y todas ellas son formalmente válidas teniendo un margen de apreciación, utilizando criterios extrajurídicos para la mejor adecuación del interés general, pues es la propia Ley que atribuye a la Administración la posibilidad de valorar en un sentido u otro, y no como consecuencia de un vacío normativo; discrecionalidad que al igual que un acto reglado puede ser controlado por el fuero judicial y por la interdicción arbitral, a través de la motivación. Al respecto, puede consultarse VIGNOLO CUEVA, O., *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Palestra Editores, Lima 2012.

¹³⁶ Vid. CASSAGNE, J. C., *El principio de legalidad y de control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 195-197. El autor acierta al señalar que la arbitrariedad es amplia, abarcando lo injusto, irrazonable e ilegal, y que precisamente es uno de los límites sustantivos de toda actuación discrecional. En ese sentido, el principio constitucional de razonabilidad argentino –de igual forma en el Perú– es el fundamento de la arbitrariedad administrativa.

técnicas, y un rubro que le denomina “otros factores”. Dentro de este último, el comité especial al desarrollar las bases administrativas podría tener en cuenta consideraciones medioambientales para la adjudicación de la buena pro, pero como ya habíamos anotado, un inconveniente es la limitada especialización o conocimiento acerca de especificaciones técnicas ambientales, y además, de la poca participación que ha venido tomando el Ministerio del Ambiente.

En contraposición a esto, la reciente publicación del PRLCE ha establecido un listado de criterios de evaluación muy puntuales¹³⁷ con un contenido más “ligero”, debido a que los condensa en un único artículo, distinguiendo tres supuestos: En primer lugar, los casos de bienes, servicios en general y obras fija unos determinados criterios, entre los cuales acertadamente hace referencia a la sostenibilidad ambiental y social, como se expondrá con posterioridad. En segundo lugar, para consultoría en general o consultoría de obras no establece criterios de evaluación en referencia a la sostenibilidad ambiental y social. Y finalmente, para los casos de contratación de servicios de consultoría individual.

No obstante, en la redacción de los artículos mencionados anteriormente, se deja abierta la posibilidad de incluir en las bases administrativas otros factores de evaluación –únicamente para la contratación de bienes y servicios en general– que la Entidad requiera para satisfacer necesidades públicas, siempre y cuando sean objetivos, congruentes, razonables y proporcionales con el objeto de la convocatoria, incluso podrá ser objeto de evaluación aquello que supere o mejore el requerimiento técnico mínimo, evitando su desnaturalización.

Por otro lado, el artículo 43° del RLCE dispone que las bases deberán especificar los factores de evaluación, precisando los criterios que se aplicarán, así como los puntajes, la forma de asignación de éstos a cada postor y la documentación sustentatoria para la asignación del puntaje respectivo, que en otros términos implica un deber negativo de

¹³⁷ El proyecto del RLCE hace una distinción entre criterios de calificación y criterios de evaluación, los cuales se encuentran regulados en los artículos 28° y 29° respectivamente.

actuación en el sentido de establecer factores desproporcionados y/o incongruentes con el objeto de la convocatoria, cuyo alcance constituya un elemento de direccionamiento de la contratación o cuyo puntaje sea determinante en el resultado de la calificación de propuestas.

2.2. ¿Cómo y de qué manera fomentar una contratación pública sostenible? Un criterio adicional para la evaluación de la propuesta técnica.

Como hemos esbozado, en nuestras normas específicas de contratación pública no se contemplan ni directa ni indirectamente criterios medioambientales que consideren los últimos avances, ya sean recogidos por ordenamientos particulares, o propios de lo que RODRÍGUEZ- ARANA llama derecho global de la contratación pública¹³⁸. En consecuencia no se aprovecha a la contratación pública como herramienta jurídica transcendental para alcanzar objetivos medioambientales¹³⁹, situación que sí encuentra cabida en la doctrina y jurisprudencia comparada, especialmente, en aquellos ordenamientos jurídicos, donde las instituciones del Derecho ambiental convergen de manera segura y totalmente verificable en la contratación estatal por diversas razones, y que pacíficamente está siendo recogida por diversos textos¹⁴⁰. Siendo así, resulta importante plantearse cómo armonizar el principio de sostenibilidad ambiental con el desarrollo económico.

Al respecto, es necesaria una inclusión legislativa en los actuales factores de evaluación, específicamente, la incorporación de un criterio de evaluación medioambiental y del correspondiente método de evaluación, es así que la reglamentación pre publicada –el actual

¹³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, en *Revista PUCP*, N° 66, Lima, 2011, pp. 29-32. El autor indica que “este incipiente Derecho público global opera, como es lógico, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de Derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento jurídico-administrativo global”.

¹³⁹ Cfr. CARBONERO GALLARDO, J. M., *La adjudicación de los contratos públicos*, cit., p. 448.

¹⁴⁰ Vid. *Supra* cap. 1°,5.1.

proyecto del Ministerio de Economía y Finanzas es un correcto punto de partida– que se está debatiendo y próxima a expedirse es la gran oportunidad. Con esta deseable incorporación se estaría frente una contratación pública respetuosa con el medio ambiente y colaboradora con su adecuada protección, lo que significaría una conexión entre la Política Nacional del Ambiente y de la Ley General del Ambiente con el Decreto Legislativo N° 1017, eliminando la falta de consistencia normativa y la ambigüedad que actualmente caracteriza a nuestro sistema de contrataciones en lo referente a la sostenibilidad ambiental.

Sobre la inclusión de un criterio medioambiental en las contrataciones públicas, la profesora española CASADO CASADO, precisa que la contratación pública verde es una herramienta de mercado al servicio de la protección del medio ambiente, además sostiene lo siguiente: “(...) si tenemos en cuenta la evolución que se está produciendo en las técnicas de intervención administrativa para la protección del medio ambiente, la progresiva incorporación de instrumentos de mercado –basados en la cooperación entre Administraciones públicas y ciudadanos– al servicio de la protección ambiental y el trascendental papel que en este contexto pueden jugar las compras públicas verdes realizadas por los poderes públicos en orden al cumplimiento de los objetivos de la sostenibilidad definidos por las políticas ambientales y a la consecución de los modelos de desarrollo más sostenibles, (...) cuya utilización pueden derivarse un gran número de ventajas, como sus beneficios ambientales y su contribución a una gestión más eficiente de los recursos naturales, sus beneficios económicos, su efecto positivo sobre el fomento de la innovación tecnológica o su carácter ejemplarizante para el fomento de conductas ambientalmente más respetuosas y socialmente responsables en las empresas y en los ciudadanos”¹⁴¹.

Así, con la incorporación legislativa de un factor medioambiental, creemos que el mercado se tornará más competitivo, pues las necesidades públicas de la Entidad convocante serán satisfechas con bienes, servicios y obras ambientalmente más adecuadas y compatibles, mejorando las

¹⁴¹ CASADO CASADO, L., Recensión al libro de PERNAS GARCÍA, J. J., “La Contratación Pública Verde”, *RCDA*, V.III, N° 2, Cataluña, 2012, pp. 1 y 2.

posiciones estratégicas de los competidores en un contexto cada vez más responsable con las políticas ambientales¹⁴².

Sin embargo, y pese a lo anteriormente señalado, cabe indicar que en el desarrollo de este trabajo se ha expedido el Proyecto del Reglamento de la Ley N° 30225 mediante Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15, que en su literal b) del numeral 1 artículo 30° refiere, que adicionalmente puede establecerse como criterio adicional, “las características particulares que se ofrecen para el objeto de la contratación, como pueden ser la relacionadas a la **sostenibilidad ambiental o social**” (el resaltado es nuestro). De esta manera, si bien es cierto, se trata de un proyecto, el cual será sometido a observaciones y aclaraciones –de ser el caso, a modificaciones– nos queda claro, que nuestro legislador atinó en adicionar junto al “precio” –que es un criterio imperante– **una consideración medioambiental**, la cual será ampliada y complementada por cada organización pública en la elaboración de las bases administrativas que regirán cada contratación en particular.

Lo criticable, por ende, susceptible de mejora, es que el legislador no haya seguido el mismo criterio “ambientalizado” para las consultorías en general y de obras, y de igual forma la referencia a la sostenibilidad ambiental o social efectuada en el proyecto requiere de parámetros fijos de conceptualización a efectos de determinar objetivamente cuándo la Entidad convocante estará ante situaciones que podrá aplicar una sostenibilidad ambiental o sostenibilidad social, bajo qué circunstancias y en qué medida. Esclarecimiento que podrá darse por medio de una directiva, o por los distintos pronunciamientos que emita el OSCE, aunque lo deseable sería a través de un acuerdo de Sala con el propósito de dejar sentado un criterio inamovible.

¹⁴² Indica MORA RUIZ, que será Derecho Administrativo Ambiental más moderno el encargado de incitar al desarrollo de estrategias que no sólo aspiren al cumplimiento estricto de la legalidad ambiental, sino que también alcancen objetivos ambientales, por medio de la colaboración en el mercado, la intervención de empresas, ciudadanos y otros interesados. (Cfr. MORA RUIZ, M., “Tendencias del Derecho Administrativo Ambiental: análisis de legislación y jurisprudencia, *en Derecho y conocimiento*, V-2, Huelva, 2012, p. 421).

2.3. Hacia una labor planificadora del Titular de la Entidad, el Área Usuaria y el Comité Especial en la fase *in fieri* de los procedimientos de selección

Por las razones dadas en el acápite anterior es que el principio de sostenibilidad ambiental encuentra mejor fórmula práctica en la inclusión legislativa de un criterio medioambiental como factor de evaluación, junto a los ya regulados en el RLCE, pero la solución no debe encasillarse únicamente en este plano, sino que toda organización pública al ejercer su poder contractual lógicamente persigue materializar la mejor satisfacción del interés general, y así deje de ser una mera declaración de proyecciones e intenciones, en tanto todos los órganos involucrados al interior de las administraciones públicas¹⁴³ deben actuar de manera

¹⁴³ **Artículo 3°.** Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente ley, bajo el término genérico de Entidad(es):

- a) El Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones.
- b) Los Gobiernos Regionales, sus dependencias y reparticiones.
- c) Los Gobiernos Locales, sus dependencias y reparticiones.
- d) Los Organismos Constitucionales Autónomos.
- e) Las Universidades Públicas.
- f) Las Sociedades de Beneficencia y las Juntas de Participación Social.
- g) Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.
- h) Los Fondos de Salud, de Vivienda, de Bienestar y demás de naturaleza análoga de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.
- i) Las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado.
- j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que cuenten con autonomía administrativa, económica y presupuestal.

3.2 La presente ley se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

diligente y eficiente, ya que una contratación pública verde es cabalmente identificable como una contratación innovadora y respetuosa del medio ambiente, cimentando mejor –en fórmula contraria– la insuficiencia y el oscurecimiento de actuación de los poderes públicos para determinar la variante medioambiental.

Lo anterior significa que la responsabilidad de contribuir hacia una contratación pública verde o sostenible, por ende, eficiente reposa en los órganos involucrados en las contrataciones del Estado, quienes deberán resguardar la sostenibilidad ambiental para alcanzar la finalidad pública de las contrataciones, adecuando sus requerimientos, estudios y elaboración de las bases administrativas hacia estándares ambientalmente más respetables. Lo que sí es claro, es que el artículo 13° del LCE indica que la formulación de las especificaciones técnicas es realizada por el área usuaria con expresa indicación de su finalidad pública¹⁴⁴ para el mejor cumplimiento de las metas inherentes a cada entidad, pudiendo intervenir el órgano encargado de las contrataciones en determinados casos. Entendemos que el espíritu de esta norma es guiar a los órganos internos a una eficiente contratación con el mayor objetivismo posible y rapidez en la satisfacción de las necesidades públicas que motivan determinada contratación. Por ello, antes de ahondar en la manera correcta e idónea de estructurar la coordinación exigida por la norma dispositiva, es necesario delimitar brevemente las funciones más predominantes del titular de la entidad, el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y por último el comité especial. Asimismo, es importante insistir que la búsqueda de la coordinación y cooperación antes indicada, tanto de las organizaciones públicas, como

¹⁴⁴ Opinión N° 076-2011/DTN del 05 de agosto de 2011 indicó en su fundamento 2.1, “(...) si una Entidad no puede proveerse de los bienes, servicios y obras requeridos para el logro de sus objetivos institucionales, no podrá cumplir con la finalidad que se desea alcanzar; en otras palabras, existe una relación directa entre la necesidad que motiva las contrataciones del Estado y la finalidad pública que se debe satisfacer”. Interesa resaltar, la importancia de la finalidad pública, pues es la partida y el término de todo contrato público, o como bien sostienen los profesores ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, “A diferencia de los particulares, la Administración no puede contratar porque quiere, sino que necesariamente ha de hacerlo para perseguir el interés general, y si no lo hiciera, el contrato resulta inválido, por tener viciada su causa” (Vid. *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Quinta, Contratos Públicos, cit.*, p. 7).

los empresarios privados deben estar dirigidas hacia una misma línea estratégica para alcanzar el cumplimiento y mantenimiento del sistema normativo, específicamente de la normativa jurídico-ambiental¹⁴⁵ en los contratos de gestión patrimonial de colaboración, en pro de intereses públicos.

Las funciones de los órganos involucrados al interior de las entidades licitantes son definidos de manera general por el artículo 5° del RLCE y también por otros artículos a lo largo de la Ley y el Reglamento. El primer órgano llamado a garantizar la sostenibilidad ambiental es el **área usuaria**, siendo la dependencia de la Entidad cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, por medio de un memorando o cualquier otro documento técnico e idóneo que establezca las normas internas de la entidad y de acuerdo a sus fines estratégicos institucionales. Sin entrar a un exhaustivo análisis, la función más trascendental del área usuaria – similar redacción conserva el artículo 8° del PRLCE– **es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones¹⁴⁶, especificaciones que deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales.**

El **órgano encargado de las contrataciones** (OEC) es la unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de la entidad, normalmente conocida como “logística” o “abastecimiento”, teniendo unas funciones claramente descritas en el artículo 12° RLCE, las mismas que tienen como sustento

¹⁴⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Criminal Compliance*, Palestra Editores, Lima, 2014, p. 24. El autor indica –desde una perspectiva jurídico penal– que en el Perú no existe un deber general legalmente impuesto de implementar un *compliance* general, correspondiéndole a cada estructura empresarial adoptar medidas internas concretas para prevenir eventuales infracciones legales. No obstante ello, existen excepciones en sectores específicos de especial trascendencia social, como el caso del medio ambiente, en donde la normativa legal impone el deber de gestionar los riesgos de infracción penal.

¹⁴⁶ Artículo 11° del RLCE en concordancia con el artículo 13° de la LCE.

previo, las especificaciones técnicas efectuadas por el área usuaria. De esos requerimientos técnicos ya elaborados, el órgano encargado de las contrataciones puede ajustar esas características –siempre con previa autorización– si es que a su criterio y bajo el **estudio de posibilidades del mercado** que constan en el resumen ejecutivo, ello no contribuye a maximizar el valor dinero¹⁴⁷. Dicho esto, el OEC al tener como principal labor evaluar las posibilidades que ofrece el mercado¹⁴⁸ en base a las especificaciones técnicas o términos de referencia previamente determinados por el área usuaria, podrá o, mejor aún, deberá contribuir a la determinación y mejoramiento de la sostenibilidad ambiental y los factores de evaluación que cada caso en particular requiera el comité especial estructurar.

Por otro lado, consideramos de vital importancia por resguardar trascendentales funciones, la labor del **comité especial**¹⁴⁹ cuya facultad más intensa es la **elaboración de las bases administrativas**, –el PRLCE le llama **documentos del procedimiento de selección**– teniendo como apoyo fundamental los requerimientos técnicos formulados por el área usuaria y el estudio de mercado para la determinación del valor referencial efectuada por el órgano de contrataciones, y así evaluar los factores de evaluación acorde con lo establecido en ellas, a fin que de forma transparente y objetiva se otorgue la buena pro a quien corresponda¹⁵⁰. A propósito de ello, debemos recordar que el comité especial es una pieza clave en la conducción de un procedimiento de

¹⁴⁷ No debe perderse de vista, que la ley impone obligatoriamente una labor coordinada entre el área usuaria y el órgano encargada de las contrataciones. Sin embargo, el responsable directo de la determinación de las características técnicas de lo que se va a contratar es el área usuaria.

¹⁴⁸ Al respecto, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado debe tener en consideración las alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata de ser el caso, mejoras en las condiciones de venta, garantías y otros beneficios adicionales, así como también la vigencia tecnológica del objeto de la contratación, tal como lo dispone el artículo 12° del Reglamento.

¹⁴⁹ Artículo 24° de la LCE concordado con los artículos 27° y 39° del RLCE.

¹⁵⁰ Pronunciamiento N° 258-2010/DTN del 01 de septiembre de 2010, la dirección técnica normativa –a consecuencia de la elevación de las observaciones– indica que es de exclusiva competencia y responsabilidad del comité especial la determinación de los factores de evaluación, reiterando lo señalado en el art. 43° del RLCE.

selección eficiente, por ello puede formular reajustes correspondientes y mejoras a los requerimientos técnicos hechos por el área usuaria, quienes están obligados a colaborar, al igual que las dependencias o áreas pertinentes de la entidad. Es decir, el comité especial no se desentiende de las formulaciones previas de los demás órganos intervinientes, pues se tratan de funcionarios públicos que tienen que velar por el correcto funcionamiento y observancia de las normas en el marco de los procedimientos de selección, no estando exentos de un régimen de responsabilidad administrativa donde cabe imputar ámbitos de debida actuación¹⁵¹.

Como último filtro para garantizar la sostenibilidad ambiental y su adecuada integración por los demás órganos, tenemos al **titular de la entidad** como la más alta autoridad ejecutiva y la encargada de aprobar el **Plan Anual de Contrataciones** (PAC), donde constan todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal, con independencia del régimen que las regule o su fuente de financiamiento, así como los montos estimados y tipos de procedimientos de selección. Esto indica que el titular de la entidad tendrá que verificar el principio de sostenibilidad ambiental en los requerimientos formulados por el área usuaria, así como la correcta funcionalidad de los otros órganos respecto a este principio, pues como refiere el art. 5°.1 *in fine* del RLCE el titular de la entidad de acuerdo a sus normas de organización ejerce las facultades que la Ley y el Reglamento le otorgan para la aprobación, autorización y supervisión de los procedimientos de selección; funciones que jurídicamente tienen la categoría de deber jurídico, pues implica una conducta o actividad en salvaguarda del interés general.

¹⁵¹ Ver, MARTIN TIRADO, R., “Responsabilidad de los integrantes de los comités especiales: límites de la discrecionalidad administrativa”, en *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 133, diciembre 2004, pp. 166-167. El autor desarrolló esta investigación en el marco legislativo de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM. Asimismo, debe observarse el ámbito de imputación administrativa actualmente consagrado en el artículo 25° y 46° de la LCE.

No obstante, cabe hacer una mención especial para el caso de ejecución de obras públicas. En estos casos, antes de la ejecución y con ello satisfacer la necesidad pública involucrada, se requiere seguir el procedimiento establecido por el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), el cual concluye la viabilidad del proyecto de inversión pública (PIP), hecho que posibilita a la Entidad su posterior ejecución. Dicha **declaración de viabilidad** tienen como sustento los estudios de preinversión, los mismos que determinan de la forma más adecuada, entre otros, la rentabilidad social que encierra el proyecto. Es por ello que con la viabilidad se pone de manifiesto que el proyecto es socialmente rentable, sostenible y compatible con los lineamientos de política nacional, regional o local¹⁵². Al respecto, consideramos importante la función que recae en la **Oficina de Programación e Inversión (OPI)** o quien haga sus veces, pues ésta es la encargada de emitir el informe de evaluación, el cual necesariamente ha de contener todos los posibles impactos ambientales, es así que la OPI se convierte en un garante especial para garantizar la sostenibilidad ambiental aunque se esté en otro ámbito normativo distinto a las disposiciones de la LCE, pues el citado informe la Unidad Ejecutora de la entidad deberá ceñirse a los parámetros bajo los cuales fue otorgada la viabilidad.

Estimamos que este modo de delimitar el deber de colaboración o cooperación de todos los funcionarios y servidores de las entidades resulta ser un la fórmula más adecuada y segura, no sólo porque de comprobarse una actuación extralimitada a ese margen de colaboración funcional, todos los involucrados serían responsables solidariamente – salvo los casos de disconformidad expresa– sino porque permite concluir que este deber de colaboración, propio de un correcto funcionamiento de la Administración Pública, no surge de omisiones normativas, sino de una expresa habilitación legal, debiéndose utilizar criterios extrajurídicos para la búsqueda del interés general, que el legislador expresamente refiere en el segundo párrafo del artículo 46° de la LCE, “en caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del

¹⁵² Art. 20°.1 de la Directiva N° 001-2011-EF/68.1 del Sistema Nacional de la Inversión Pública aprobada por Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.1 del 24 de marzo de 2011.

servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios regulados en el artículo 4º del presente Decreto Legislativo”.

3. Papel del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y el Ministerio del Ambiente – MINAM

Se ha visto que las actuales técnicas de tutela ambiental de raigambre comunitaria están dirigidas a una eficaz protección del medio ambiente, como un bien jurídico de esencia dinámica, teniendo como eje central el concepto de desarrollo sostenible¹⁵³, partiendo de la idea que la contratación pública no puede, ni quiere permanecer al margen de la realidad social. Consecuencia de ello, el medio ambiente se ha convertido en un bien jurídico protegido desde distintas áreas del Derecho, al que todos los poderes públicos no sólo deben preservar, sino recuperar y garantizar. En ese aspecto, estos instrumentos de protección ambiental proponen metas de conciliación económica y social, incitando la implementación de sólidas estrategias que no sólo alcancen la observancia de parámetros legales ambientales, sino propicia la colaboración de los empresarios privados, y la sociedad civil en general al cumplimiento de las políticas públicas.

Asimismo, la propuesta indicada en los acápites anteriores no está lejos de una realidad bastante próxima, pues es un buen inicio que el OSCE y el MINAM estén entablando reuniones en el marco del Proyecto Global sobre Compras Públicas Sostenibles y Ecoetiquetado – SPPEL, implementado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el mismo que tiene como objetivo principal asistir a los gobiernos nacionales en el desarrollo de políticas y planes de acción de compras públicas sostenibles y ecoetiquetado, a través del desarrollo de capacidades y asistencia técnica.

Dicho programa se plantea aplicarse en el Perú a través del Proyecto “*Estimulando la oferta y la demanda de productos sostenibles a través de las Compras Públicas sostenibles y Eco etiquetado*”, en estrecha coordinación con el Ministerio del Ambiente y la colaboración

¹⁵³ Cfr. DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del Medio Ambiente*, cit., pp. 34 y 35.

de otros sectores de la administración pública¹⁵⁴. Como concretamente señala el programa, ello significa un paso importante hacia un régimen contractual más respetuoso del medio ambiente, pues “el PNUMA ayudará a desarrollar mecanismos específicos que generen incentivos e impulsen a ofertar bienes, servicios y obras orientados a maximizar los beneficios ambientales y sociales de las adquisiciones, y que induzca gradualmente a la modificación de los patrones de producción y consumo”. Asimismo, se dejó anotado que la Política Nacional de Compras Sostenibles se orienta de entre otros marcos normativos, de las leyes de creación del Ministerio del Ambiente, lo que demuestra la importancia de tener estrategias diferentes, pero en líneas paralelas que permitan el cumplimiento de múltiples objetivos, es decir, hay una decisión política para alcanzar la ecoeficiencia¹⁵⁵ en la actividad contractual del Estado.

Ahora bien, recientemente¹⁵⁶ la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) ha puesto de manifiesto en el *"Informe: Impacto y avance de la compra pública sustentable en América Latina y el Caribe"*, que el Perú tiene un marco normativo –en materia de contrataciones estatales– que promueve la inclusión de criterios sustentables en las compras públicas, lo cual constituye un factor importante y necesario para promover la economía verde y sostenible.

¹⁵⁴ Puede observarse del portal institucional del OSCE, el proyecto de compras públicas sostenibles, p. 1. Disponible en: <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/osce-y-minam-participan-del-proyecto-de-compras-p%C3%BAblicas-sostenibles>>. [Consultado el 12 de abril de 2015].

¹⁵⁵ *Ídem*, p. 1.

¹⁵⁶ Dicho informe ha sido entregado a los representantes de los países participantes en la conferencia virtual organizada por la Red Interamericana de Compras Gubernamentales –RICG de la OEA, donde nuestro país participa a través del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, p. 1. Disponible en:

<<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/oea-per%C3%BA-tiene-normas-que-promueven-la-inclusi%C3%B3n-de-criterios-sustentables-en-las-compras>>. [Consultado el 25 de abril de 2015].

3.1. Importancia de las bases estandarizadas

El ente supervisor de las contrataciones del estado a través de todos sus instrumentos jurídicos, tales como los acuerdos de sala¹⁵⁷, resoluciones, pronunciamientos, directivas y opiniones, las mismas que son vinculantes, por ende, de observancia obligatoria¹⁵⁸ por parte de

¹⁵⁷ **Artículo 124.-**Precedentes de Observancia Obligatoria

Mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la Ley y el presente Reglamento los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria. Dichos acuerdos deberán ser publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE. Los precedentes de observancia obligatoria conservarán su vigencia mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal.

Dichos acuerdos deben ser observados por las Salas del Tribunal y las Entidades incluso al resolver las apelaciones que conozcan.

¹⁵⁸Según dispone la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE, las opiniones y pronunciamientos emitidos por el OSCE tienen carácter vinculante, constituyendo este último instrumento precedente administrativo cuando así sea establecido, manteniendo vigencia el criterio interpretativo fijado, mientras no sea modificado mediante otro pronunciamiento posterior debidamente sustentado o norma legal. Asimismo, debe observarse, por ser de aplicación supletoria, el artículo VI.1° del Título Preliminar de la LPAG que señala, “Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma”. Pareciera, por una interpretación literal, que únicamente será de orientación obligatoria aquellos pronunciamientos que tengan expresamente la consigna de “precedente vinculante”, lo cual ha llevado a las entidades públicas y postores a pensar que muchos –únicamente existen dos pronunciamientos que expresamente tengan la calidad de precedente vinculante– de los instrumentos jurídicos del OSCE tienen carácter referencial o de apoyo. Ante esta situación, dicho ente regulador de las contrataciones en la resolución N° 1508- 2014-TC-S4 del 23 de junio de 2014, en su fundamento octavo acotó, que “(...) el marco legal vigente, no todos los Pronunciamientos emitidos por el OSCE poseen carácter vinculante, ello no enerva o impide que su contenido pueda ser tomado en consideración por las Entidades al momento de elaborar las bases del proceso de selección, o por este Tribunal, a efectos de determinar si corresponde amparar pretensiones formuladas (...)”. De igual forma la opinión N° 084-2011-DTN del 4 de octubre de 2011, en su fundamento 3.6 concluye “Los criterios establecidos por el OSCE en las opiniones deben ser observados por los operados de la normativa de

todas las entidades públicas que estén bajo el ámbito subjetivo y objetivo del decreto legislativo N° 1017, aun así no tengan la “etiqueta” de precedente vinculante¹⁵⁹. Ello significa, reafirmando lo expresado por la doctrina, que el precedente administrativo brinda seguridad jurídica al permitir que los administrados tengan predictibilidad respecto a las decisiones que arribe el ente regulador y garantizador de las contrataciones del estado, así también se evita arbitrariedades al resolver las controversias¹⁶⁰, y como resultado final se generan parámetros generales de interpretación normativa.

El OSCE¹⁶¹ detenta múltiples funciones, pero para la presente investigación interesa poner énfasis en las dos siguientes: primero, el

contrataciones del Estado al momento de aplicarla, pues constituyen el criterio emitido por el organismo competente en materia de contrataciones del Estado”.

¹⁵⁹ En ese sentido, puede consultarse la definición dada por la doctrina más tradicional, como DÍEZ –PICAZO, L. M., “La doctrina del precedente vinculante”, en *Revista de Administración Pública*, N° 98, [en línea] agosto 1982, Madrid, pp. 7-46. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=98&IDA=23242>>. [Consultado el 18 de abril de 2015]. El autor sostiene que el precedente administrativo es “(...) aquella situación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”. Por su parte, la doctrina nacional, MORÓN URBINA, J.C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 110. “(...), El precedente administrativo es aquel acto administrativo firme que dictado para un caso concreto, pero que su contenido, tiene aptitud para condicionar las resoluciones futuras de las mismas entidades, exigiéndoles seguir su contenido similar para casos similares”. Para un estudio más dogmático, véase por todos DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid 2008.

¹⁶⁰ Cfr. MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento (...), cit.*, p.112.

¹⁶¹ En la misma línea, poniendo énfasis en la regularidad y control de los procedimientos bajo la competencia del OSCE, señala acertadamente el profesor español SANZ RUBIALES, “que la existencia del Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado como una Administración centralizada para controlar la regularidad de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene una ventaja indudable, que es la consecución de unidad de criterios en la aplicación de esta normativa (fiscalización de procesos de contratación, resolución de asuntos de su competencia). Sin embargo, la existencia de un único organismo supervisor tiene un efecto negativo evidente, y es que potencia la centralización administrativa, al obligar que pasen por él los expedientes correspondientes sin tener en cuenta cuál sea la Entidad

encargo de velar y promover el cumplimiento y difusión de toda la normatividad de las contrataciones del estado, **proponiendo las modificaciones que considere necesarias**, según dispone el numeral a) del artículo 58° de la LCE. Y segundo, de acuerdo a la cuarta disposición complementaria transitoria del RLCE, el OSCE por medio de directivas **aprobará bases estandarizadas** que serán utilizadas obligatoriamente por las Entidades, facilitando el monitoreo y procesamiento de las contrataciones¹⁶². Sobre esta última función trataremos de abordar esquemáticamente –no pretendemos realizar un estudio pormenorizado– la importancia de una adecuada regulación en función a criterios medioambientales anteriormente expuestos.

Según el Anexo Único de definiciones del RLCE (de igual redacción en el PNLCE) la estandarización es “el proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a adquirir o contratar, en atención a los equipamientos preexistente”, es decir, garantiza la funcionalidad y operatividad de la infraestructura preexistente. A su turno, la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD aprobada por Resolución N° 358-2009-OSCE/PRE, del 01 de octubre de 2009 define a la estandarización como “el proceso de racionalización que una Entidad debe aplicar cuando le resulta inevitable contratar un bien o servicio de una determinada marca o tipo particular, dado que sólo este bien o servicio garantiza la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente en la Entidad”.

De lo anterior, podemos inferir que la estandarización no sólo implica la observancia de criterios de tipo técnico, sino que al ser su naturaleza complementaria, implica también como presupuesto base que la Entidad deba poseer previamente una infraestructura cuya

–centralizada o descentralizada– que ha llevado a cabo el procedimiento de contratación” (Vid. “Eficacia en la contratación administrativa”, *cit.*, p.719).

¹⁶² Según indica el artículo 26° de la LCE concordado con el artículo 38° del RLCE, “las bases estandarizadas tendrán una sección general y una sección específica. La sección general contendrá disposiciones comunes a todos los procesos incluyendo las bases administrativas y el contrato respectivo. La sección específica contendrá de anexos específicos para cada proceso que serán preparadas por la Entidad”.

funcionalidad dependa de la implementación de aquellos bienes o servicios que respondan a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares y fabricantes determinados, debiendo todos ellos responder a criterios técnicos y objetivos¹⁶³.

La estandarización no configura una herramienta discrecional¹⁶⁴ de las entidades públicas, sino que deben cumplirse los presupuestos necesarios y objetivos plasmados en la directiva N° 010-2009-OSCE/CD, el hecho que el titular de la entidad puede evaluar o no la conveniencia de inclinarse por una estandarización, no lo convierte en una facultad discrecional, ya que no ha de olvidarse que los procesos de adquisición y contrataciones tienen que buscar como fin inmediato y mediano la satisfacción del interés general, de lo contrario, nos encontraríamos ante una causa contractual viciada. Asimismo, la estandarización no debe ser confundida con la causal de exoneración de único proveedor de bienes o servicios que no admitan sustitutos, pues son dos instituciones jurídicas distintas e independientes¹⁶⁵.

¹⁶³ Para un análisis de las implicancias del proceso de estandarización, véase RETAMOZO LINARES, A., *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de regulación: análisis doctrinario y exegético del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como la explicación de la normativa en el contexto de los precedentes vinculantes*, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 491-497. El autor resalta la importancia de la Directiva N° 10-2009-OSCE/CD, pues es la que regula los presupuestos para la procedencia de la estandarización, supuestos de improcedencia, procedimiento, su aprobación por parte del titular de la Entidad o funcionario encargado y finalmente, la responsabilidad del comité especial al revisar el expediente de contratación.

¹⁶⁴ Cfr. MORÓN URBINA, J. C., “La estandarización de bienes y servicios en las compras estatales”, *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 153, agosto 2006 Lima, p. 202. No compartimos la opinión del autor al señalar categóricamente que la “estandarización constituye una opción discrecional de la planificación de las adquisiciones y compras estatales según la cual se decide uniformizar o normalizar la demanda de nuevos bienes y servicios, complementarios y accesorios, en función del equipo o infraestructura preexistente en la entidad, por ser imprescindible para garantizar su funcionalidad y/o operatividad”. En todo lo demás, coincidimos en cuanto la estandarización conlleva una serie de ventajas en referencia de racionalizar la actividad administrativa reduciendo costos y optimizando la aplicación de recursos.

¹⁶⁵ Opinión N° 091-2013/DTN del 13 de noviembre de 2013.

Basta entender para lo que nos interesa que el procedimiento de estandarización del OSCE resulta una herramienta crucial para alcanzar un anhelado mecanismo de contratación pública sostenible, o mejor dicho, “resulta un aliado fundamental en la incorporación de criterios ecológicos y/o sostenibles”¹⁶⁶, pues se trata de potenciar la implementación y el uso de una contratación verde mediante mecanismos netamente jurídicos que actúen como el principal pilar, como son la “actualización de los factores de evaluación” y la “estandarización verde”, exigiéndose en los procedimientos de selección en particular la acreditación de cumplimiento del factor medioambiental, a través de soporte técnico suficiente. Es decir, las entidades públicas tienen que utilizar obligatoriamente, siempre en pro del interés general, las bases estandarizadas en sus procesos de adquisición, de modo que en la sección general ya estén impregnado consideraciones medioambientales para impulsar una contratación pública sostenible o verde, que como ya se indicó, es uno de los objetivos que busca la Política Nacional de Compras Sostenibles.

¹⁶⁶ Cierta sector de la doctrina nacional indica que de no darse una “estandarización verde a cargo del OSCE” como fórmula secundaria, propone la elaboración y publicación de manuales, guías, campañas especiales y desarrollo de capacidades al Sector Público para una correcta integración de mecanismos de contratación pública sostenible. Idea que no compartimos, puesto que somos de la opinión, que la integración real del factor ambiental debe darse con la actualización legislativa de los factores de evaluación, y para potenciar ese cambio –como refuerzo sustancial, no como fórmula alternativa y/o secundaria– podría darse la estandarización verde, y la concientización de todos los agentes involucrados o no. Sin embargo, si nos parece acertada “la idea de crear consejos consultivos de contrataciones sostenibles, conformados por expertos del Sector Privado y Público, así como del MINAM y del OSCE, cuya finalidad sea implementar criterios ecológicos y/o sostenibles en las fases de la contratación pública, mediante requerimientos técnicos, factores de evaluación, bonificaciones, puntajes, bases estandarizadas ecológicas, manuales ecológicos, capacitaciones, (...). De esta forma se podría otorgar sustento al principio de sostenibilidad ambiental y se estará ayudando a vivir en un medio ambiente más adecuado, como herencia histórica para nuestras futuras generaciones.”. Creemos que el desarrollo e implementación de estos criterios sostenibles encuentran un mejor escenario en los factores de evaluación y no como requerimientos técnicos mínimos o bonificaciones adicionales (cfr. *supra* cap. 2º, 1). Ver SOTO SALAZAR, R., “Aplicación del principio de sostenibilidad ambiental (...)”, *cit.*, pp. 252-253.

En ese sentido, las consideraciones sostenibles y/o medioambientales en las bases estandarizadas que apruebe el OSCE configura *per se* una herramienta jurídica importante para alcanzar y afianzar un sistema de contrataciones públicas sostenibles.

3.2. Ecoetiqueta como un innovador filtro técnico ambiental¹⁶⁷

Tenemos que indicar que la Comunidad Europea desde ya hace muchos años ha venido impulsando técnicas de tutela ambiental innovadoras, que podrían servir para nuestro sistema de contrataciones: la ecoetiqueta, la ecoauditoría y los impuestos ecológicos o ambientales como medidas para fomentar una actitud de colaboración, que junto a las técnicas clásicas del fomento económico con repercusión jurídica y las medidas de carácter puramente limitativo (o “de policía” como determinado sector de la doctrina le denomina) constituyen actividades de la Administración Pública que el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ esquemáticamente las clasifica en dos grupos: primero, técnicas de ordenación y garantía de la libertad y propiedad; y segundo, directa satisfacción de las necesidades de los administrados¹⁶⁸.

Estos instrumentos para la obtención de mejoras ambientales que desde su perspectiva de voluntariedad para acogerse a ellas (salvo los impuestos ecológicos) “manifiestan la integridad de la política ambiental en la industria e incluso –la ecoetiqueta– en la protección de los consumidores”.¹⁶⁹ Esto es lo que precisamente se busca con estas medidas públicas de fomento en el ámbito medioambiental, pues al corregir y orientar al mercado económico hacia una contratación más respetuosa del medio ambiente se posibilita la sostenibilidad ambiental en las actividades públicas y privadas. La ecoauditoría o auditoría ambiental es una herramienta de gestión ambiental que evalúa de forma sistemática y periódica la eficacia del sistema de gestión ambiental organizativo, propiciando una mejora ambiental en las estructuras

¹⁶⁷ Para desarrollar el presente acápite se han tomado las ideas de LOZANO CUTANDA.

¹⁶⁸ Vid. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décimo novena, La actividad administrativa (I). La policía administrativa, cit.*, pp. 2 y 3.

¹⁶⁹ SANZ RUBIALES, I., “El medio ambiente (...)”, *cit.*, 435.

empresariales¹⁷⁰, dicho sistema constituye la correcta implementación de acciones medioambientales. Asimismo, los impuestos o tributos ecológicos son medidas de incentivo fiscal cuyo propósito es reducir al mínimo el coste de realización de un objetivo ambiental¹⁷¹, creando estímulos permanentes para la protección del medio ambiente. O expresado en otros términos, el hecho generador de la obligación tributaria consiste en la realización de una actividad contaminante del medio ambiente que se desarrollan mediante la explotación, degradación, lesión de los recursos naturales y que provocan un grave deterioro en el ecosistema¹⁷². Situación que no ha sido implementada en nuestro país como medida administrativa de estimulación.

Y en cuanto, a lo que será nuestro objeto de estudio, tenemos, a la ecoetiqueta como aquel sistema ambiental que las empresas pueden adherirse voluntariamente, con el propósito de informar a sus consumidores –fomentando una conciencia ambiental empresarial–¹⁷³ que sus productos tienen un comportamiento ambiental más eficiente frente a otros productos que cumplen la misma función económica¹⁷⁴. Es importante señalar que el etiquetado ecológico es una herramienta al servicio de la protección ambiental, que contiene una potencial utilización para definir especificaciones técnicas en el objeto del procedimiento de contratación o adquisición, incentivando no sólo a la entidad licitante, sino a los agentes económicos a obtener dicha certificación ambiental y así participar en los ámbitos de actuación contractual del Estado, con estándares ambientales integrados, que tendría como efecto mediato, optimizar la competitividad en un mercado

¹⁷⁰ Cfr. DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del (...), cit.*, pp. 618-622.

¹⁷¹ Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo, cit.*, p. 411.

¹⁷² Cfr. DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del (...), cit.*, pp. 609 y 610.

¹⁷³ *Ídem*, p. 623.

¹⁷⁴ Vid. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo, cit.*, pp. 454-461. Como indica la autora, la protección del medio ambiente se ha ido incorporando, junto con la calidad, en un criterio de diferenciación más importante de los productos, de los servicios, y de las propias empresas, en el mercado, sobre todo en países con una marcada conciencia ecológica, originando las llamadas marcas ecológicas acreditadoras de ciertos productos, así por ejemplo está las que identifican la madera como producto de un área forestal gestionada de forma sostenible, lo que garantiza a los consumidores las bondades ecológicas.

tan dinámico económicamente. Esta interpretación nos obliga a exponer, por lo menos de manera puntual, los objetivos que conlleva el etiquetado ecológico, que según la profesora LOZANO CUTANDA, tienen marcada una doble naturaleza: primero, “incentivar las actividades productivas respetuosas con el medio ambiente mediante la recompensa que supone el otorgamiento de un logotipo ecológico que, en un mercado cada vez más sensibilizado por las cuestiones ambientales”; y segundo, “ofrecer a los consumidores una información exacta y verídica sobre las repercusiones ecológicas de los productos que les permita orientar su compra hacia los menos perjudiciales para el medio ambiente”¹⁷⁵. No obstante ello, como sostiene SANZ RUBIALES, los efectos económicos del ecoetiquetado “dependerán (precisamente por el carácter voluntario) de la estructura y madurez ecológica del mercado”¹⁷⁶.

En el Perú, si bien por el momento se mantiene inalterada la línea del derecho positivo respecto a la sostenibilidad ambiental en la LCE – aunque modificada favorablemente en el PRLCE– es también cierto que el OSCE y el MINAM de manera coordinada y estratégica están evaluando la implementación de las compras públicas sostenibles y ecoetiquetado, lo que significa realizar una adecuada ponderación de la variable ambiental en el tráfico contractual del Estado. En ese sentido, cabría plantearse si, de concretarse los proyectos entre estos dos organismos públicos, consideraríamos que el Perú entraría en un estado inicial para afrontar los retos de una Contratación Pública Verde – CPV. Pese a ello, es con la implementación de la propuesta normativa planteada anteriormente, que se expresaría su conformidad para introducir y hacer respetar el valor intrínseco que contienen las marcas ecológicas.

Por otro lado, la administración, consecuentemente supervisión y fiscalización ha de recaer en una Administración Pública Descentralizada, encargada de un sector competencial específico y que las normas le otorgan competencia en materia ambiental, que además sea neutral, ajeno a cualquier tipo de injerencia que pudiese entorpecer el

¹⁷⁵ *Ídem*, pp. 477 y 478.

¹⁷⁶ SANZ RUBIALES, I., “El medio ambiente (...)”, *cit.*, 435

fortalecimiento de una contratación estatal respetuosa del valor medio ambiente. Respecto a ello, las normas atribuyen la competencia al Ministerio del Ambiente, como ente encargado de promover la sostenibilidad ambiental del país conservando, protegiendo, recuperando y asegurando las condiciones ambientales, los ecosistemas y los recursos naturales, gestionando total o parcialmente el procedimiento de concesión de las etiquetas ecológicas. Es importante sostener que lo dicho, teóricamente, significa establecer fuertes relaciones con las demás Administraciones Pública Descentralizadas, y con las Entidades Públicas contratantes, requiriéndose para algunos casos convenios o pactos interadministrativos, estando obligadas a proporcionar la información pertinente, salvaguardando las reservas previstas en la ley.

En adición a lo anterior, es pertinente señalar que el MINAM más que un aliado estratégico, resulta ser el ente público mejor capacitado y especializado para determinar el ámbito y alcance de la sostenibilidad ambiental, con lo cual su participación ha de ser más crucial a través de regulaciones normativas de vinculación obligatoria que tengan que observar todos las organizaciones públicas, incluso con más cautela los particulares que tengan expectativas jurídicas de participar en el tráfico contractual del Estado, independientemente si se trata de contrataciones bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017 o en otros ámbitos contractuales –contempladas en leyes sectoriales– donde lo relevante es la materialización de la finalidad pública. Dichas regulaciones podrían materializarse por medio –en uso de la potestad reglamentaria– de reglamentos técnicos como actos administrativos normativos¹⁷⁷ cuyo objetivo legítimo y causal sea la protección del medio ambiente. Piénsese, por ejemplo, en un reglamento técnico de alcance sectorial que contemple un listado de bienes y servicios en las que se definan las características técnicas ambientales, prescripciones de etiquetado ecológico e identificación de todos los aspectos ambientales por tener un cierto grado de peligrosidad para el medio ambiente.

¹⁷⁷ Sobre esta cuestión, puede verse el trabajo de ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., “El Reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho peruano?, *RUDEP*, V.11°-2010, Piura, pp. 81-91.

Es necesario anotar, que actualmente existe un Catálogo de proveedores, de bienes y servicios ecoeficientes del 2012 administrado y supervisado por el MINAM¹⁷⁸. Se trata de un catálogo que contiene un número de proveedores a nivel nacional que ofertan bienes, o que brindan servicios siguiendo criterios ecoeficientes. De esta manera, los productos ofertados (bienes y/o servicios) además de cumplir con el objetivo de fabricación añaden un plus, el cual consiste en una mejora ambiental diferenciándose de aquellos productos convencionales existentes en el mercado nacional. Para ello se han seguido una serie de criterios, como por ejemplo, ecoeficiencia en el diseño y características del producto, en el proceso de producción o manufactura y finalmente, buenas prácticas ambientales, certificaciones y responsabilidad social y ambiental. Sin embargo, su conocimiento efectivo es limitado tanto, en las organizaciones públicas con poder de compra, como en los colaboradores privados contractuales.

Se tiene que el marco normativo del Decreto Legislativo N° 1017 – de similar forma lo regula el PRLCE– propicia el escenario adecuado para la expedición del reglamento técnico referido al listado aludido anteriormente, pues el artículo 13° de la LCE en concordancia con el artículo 11° del RLCE establece que las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los **reglamentos técnicos**, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales establecidos en dispositivos sectoriales. Siguiendo la línea planteada, el universo institucional del sector público¹⁷⁹ deberá observar dicho reglamento técnico al momento de contratar bienes, servicios u obras, incluso aquellas organizaciones públicas que cuentan con su propia normatividad de contrataciones

¹⁷⁸ Ministerio del Ambiente, *Catálogo de proveedores, de bienes y servicios ecoeficientes – CPE*, Lima, 2012, pp. 4-6. Disponible en: <<http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2014/02/Cat%C3%A1logo-de-proveedores-y-servicios-ecoeficientes-2012.pdf>>. [Consultado el 25 de julio de 2015].

¹⁷⁹ De acuerdo con la información consignada en el SEACE a la fecha, el universo institucional comprende 2945 entidades públicas. De igual forma véase la Resolución Ministerial N° 374-2010-PCM del 14 de diciembre de 2010, que aprueba la directiva N° 002-2010-PCM/SGP, que entre otras, pone a disposición el Registro Único de Entidades Públicas del Estado Peruano.

públicas establecidas por ley¹⁸⁰. Sumado a ello, el OSCE y el MINAM tendrían que fomentar la obligatoriedad del reglamento técnico para una mayor concientización, emitiendo directivas, lineamientos, manuales, instructivos, formatos y comunicados respectivos.

Creemos que la expedición del Proyecto de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado es un excelente indicador que la Política Nacional del Ambiente está tomando más participación en la agenda política del Estado. Pero, es imperativo señalar, que la nueva estructura de la reglamentación definitiva, tendrá que valorar de manera más detenida el componente medioambiental, dando más versatilidad y dinamismo a los factores o criterios de evaluación en los distintos procedimientos de selección, incluso ser más riguroso con la calificación que se exigirá a los potenciales contratantes, tal y como lo dispone el artículo 12° de la NLCE.

4. Toma de Postura

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, el actual régimen de contrataciones del Estado reconoce el principio de sostenibilidad ambiental, el cual se mantiene en la Ley N° 30225, que deroga al Decreto Legislativo N° 1017 una vez que entre en vigencia su reglamentación definitiva. No obstante ello, no se prevén formas de hacerlo realmente efectivo o en todo caso no se especifican técnicas de articulación en determinados supuestos, por lo que se requiere con urgencia acudir a fórmulas extraídas del Derecho comparado, pero adaptadas a nuestra realidad jurídico-social, a fin de armonizar la simbiosis necesaria y deseable entre la Contratación Pública y el Derecho ambiental, o mejor dicho, alcanzar una Contratación Pública Sostenible.

¹⁸⁰ Así, por ejemplo, la Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la empresa PETROLEOS DEL PERÚ – PETROPERÚ S.A., en su Segunda Disposición Complementaria, determinó que las adquisiciones y contrataciones que efectúe dicha empresa estatal se regirán por su propio Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el OSCE. Asimismo, también se encuentra excluido de la LCE y su Reglamento, los procesos de compra, que tienen por objeto de raciones y productos para la prestación del servicio alimentario (ya sea, por servicio de raciones preparadas o provisión de productos) que realice el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

En ese sentido, resulta evidente que la presente investigación se trata de un planteamiento desde una perspectiva de *lege ferenda*, pero también es cierto, como ya se indicó, que actualmente a nivel legislativo se está discutiendo la reglamentación definitiva de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225), es así, que las consideraciones arribadas se tornan importantes para disipar uno de los aspectos más problemáticos que afronta el sistema de contrataciones y adquisiciones públicas, la afectación medioambiental a consecuencia de la actividad contractual del Estado.

Bajo este escenario, consideramos que el camino para llegar a la adaptación que nuestra realidad jurídica requiere no se encuentra por la vía de la sanción, es decir, en esperar que se generen impactos ambientales negativos considerables provocados directamente por la ejecución de los contratos de gestión patrimonial de colaboración o en otros marcos jurídicos, sino, al contrario, se debería empezar por un adecuado marco normativo que sea protector, garantista e incentivador mediante premios y recompensas o lo que jurídicamente se configuran como medidas de fomento con repercusiones económicas, promoviendo la protección del medio ambiente, incluso desde una etapa preparatoria.

Ahora bien, sin duda alguna, la relación Contratación Pública – Política Nacional del Ambiente y la Ley General del Ambiente significa un soporte fundamental en la inclusión de criterios ambientales a través de una adecuada actualización legislativa de los factores de evaluación, los mismos que tienen que estar claramente desarrollados en las bases administrativas que cada organización pública elabore, fomentándose una actuación con mayor responsabilidad para contribuir a un desarrollo sostenible, tanto económicamente como ambientalmente, donde cada órgano involucrado al interior de estas entidades públicas participe de manera activa, garantizando en cada etapa el principio de sostenibilidad ambiental.

A la par con lo anteriormente señalado, es necesaria la intervención del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE respecto a todos los agentes económicos, a través de sus correspondientes instrumentos de regulación impregnando políticas de compras sostenibles para maximizar beneficios ambientales y sociales en las adquisiciones

que realicen las entidades públicas. Ello queda reforzado, con el proyecto denominado “*Estimulando la oferta y la demanda de productos sostenibles a través de las Compras Públicas sostenibles y Eco etiquetado*” diseñado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente – PNUMA para que sea aplicado en coordinación con el Ministerio del Ambiente – MINAN, de allí la importancia de esta última institución gubernamental para contribuir al fortalecimiento de una cultura sostenible en las contrataciones públicas dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017, incluso para potenciar su participación, se torna conveniente que regule normativamente, por ende con carácter obligatorio, un reglamento técnico de alcance nacional que contenga un listado de bienes y servicios que necesariamente han de cumplir con determinadas características técnico ambientales. Aun así, como se dejó anotado en las primeras líneas de presente trabajo las conclusiones podrían ser ampliadas a otros campos donde el Estado realice actividad contractual que pudiese tener incidencia medioambiental.

Por otro lado, actualmente se está llevando el proceso de elaboración del Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Ley N°30225 del 11 de julio de 2014, para lo cual conviene hacer algunas reflexiones en torno a las exigencias internacionales en materia de contratación pública que se esperan, es así que hemos creído conveniente extraer algunas ideas del Proyecto de Reglamento aprobado por la Resolución Ministerial N° 2016-2015-EF/15 del 06 de julio del presente año, que nos ayudan a tener cierta proyección jurídica para determinar las deficiencias y retos. En ese sentido, es ideal que la nueva reglamentación haga más idóneo y versátil el principio de sostenibilidad ambiental, haciéndolo penetrar en cada una de las fases de los procedimientos de contratación, especialmente en la etapa preparatoria o fase *in fieri*, diseñando fórmulas concretas en los factores de evaluación, lo cual no signifique limitar la concurrencia de postores, mucho menos direccionar las potenciales adjudicaciones a determinados colaboradores privados existentes en el mercado nacional o internacional.

Asimismo, una vez que el legislador implemente una correcta actualización legislativa de los artículos 44°, 45°, 46° y 47° del RLCE integrando como factor de evaluación el componente medioambiental –

que en algunos supuestos, como en la contratación de obras públicas ha de ponerse mayor énfasis— a consecuencia de la nueva reglamentación de la Ley N° 30225, es recién con esto que nuestras normas específicas de contratación pública adquirirían rasgos propios de una contratación sostenible. Asimismo, con la labor normativa del MINAM en la expedición de un reglamento técnico sectorial que contenga un listado de observancia obligatoria, es que las Entidades Públicas tendrán un alto grado de eficiencia en las bases administrativas que se elaborarán, pues en todo caso, ese componente ambiental —que ya tiene un respaldo legal en concreto— tendrá mayor margen de protección, siempre y cuando, dichos factores de evaluación sean congruentes, proporcionales, razonables y objetivos.

Finalmente, lo relevante es que los poderes públicos, y sobre todo la sociedad civil en general, admitan la convivencia pacífica que debe existir entre desarrollo económico y medio ambiente. Esto puede entenderse mejor si se asume que las entidades públicas están vinculadas positivamente a todo el ordenamiento jurídico, el cual incluye a todas las políticas públicas ambiental.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-La mecánica de las contrataciones públicas básicamente consiste en elegir la mejor propuesta técnica y económica para la satisfacción del interés público, lo que implica contratar con el mejor colaborador privado para que se encargue de proveer de bienes, servicios u obras a la entidad convocante, siempre buscando materializar el bienestar común. Reflejo de su importancia, tenemos que el sector de compras públicas significa el 10 % del Producto Bruto Interno y el 40% del gasto público, lo que en buenos términos se traduce que el estado es el mayor demandante en el mercado contractual.

SEGUNDA.-El Organismo Supervisor de las Contrataciones Públicas – OSCE es el ente especializado encargado de velar por la aplicación eficiente de la normativa contractual en los procedimientos de selección que convocan las entidades públicas. Por ello, dentro de su abanico de funciones, está supervisar y garantizar todos los extremos de la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y las normas conexas, lo cual implica tener una Administración Pública correctamente capacitada para adecuarse a las tendencias actuales de la contratación pública global.

TERCERA.-El Perú debe adaptarse a esta nueva realidad jurídica, superando y desfasando la aparente premisa de suponer que todo esfuerzo por promover y lograr la sostenibilidad ambiental no puede armonizarse con la necesidad de fomentar y hacer realidad el desarrollo económico del país. Ello con el objetivo de prevenir la génesis de

conflictos socioambientales entre la regulación orientada a establecer estándares ambientales, y la legislación destinada a establecer medidas de fomento y promoción de la inversión privada en el país. Sin embargo, es una errónea percepción provocada por la falta de conciencia ambiental, haciéndonos ver que queda un amplio camino a ser recorrido, el mismo que tiene que ser diseñado en las políticas públicas para así intensificar un cambio transversal en todos los agentes económicos.

CUARTA.- Como se sabe, en todo ordenamiento jurídico, independientemente de la materia que se trate, los principios son el cimiento y estructura de la materia normada, constituyendo no sólo la base teórica, sino también la correspondiente guía práctica. Para el caso, de las contrataciones del Estado, se caracterizan por su transversalidad e integración, teniendo especial ámbito de aplicación en la etapa preparatoria o fase *in fieri* y en la etapa de ejecución contractual o fase *in facto esse*, aportando claridad y seguridad jurídica para todo operador económico involucrado. El literal m) del artículo 4° de la LCE, expresamente reconoce el principio de sostenibilidad ambiental en los siguientes términos: “En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales en concordancia con las normas de la materia”. Dicho dispositivo es la única referencia al componente medioambiental, lo cual genera vacíos cruciales a las consideraciones técnico ambientales que tendrían que estar consignados desde la etapa *in fieri* para que la ejecución contractual no genere afectaciones ambientales.

QUINTA.-A pesar de la redacción de sostenibilidad ambiental optada por nuestro legislador, es evidente que se requiere la implementación de técnicas concretas que aseguren la real aplicación de dicho principio en las contrataciones públicas, puesto que el objetivo primordialmente debe venir del interior de la entidad pública, concretamente en el desarrollo de las bases administrativas que serán “las reglas del juego inamovibles”. Aquello, no afecta en lo más mínimo el plano de igualdad y concurrencial que debe regir en todos los procedimientos de selección, pues las administraciones contratantes publicarán todas las herramientas jurídicas adecuadas para una correcta información a los agentes económicos que deseen contratar con el Estado, y los postores podrán hacer efectivo su derecho de defensa, a través de las consultas y

observaciones, y de ser el caso, por medio de los recursos administrativos que contempla la normatividad de la materia.

SEXTA.-La experiencia comparada nos demuestra que la compras públicas verdes es la mejor alternativa para fomentar y potenciar compras eficientes, tal y como exigen los nuevos estándares internacionales. Por tanto, al ponerse en práctica adquisiciones bajo el esquema “compra pública verde”, las entidades públicas aportan un valor agregado a sus procedimientos de contratación, gestionando de manera eficiente su presupuesto de modo que, al tiempo que satisface el interés general, contribuye al cumplimiento de objetivos medioambientales.

SÉPTIMA.-De nuestra regulación contractual vigente, inferimos que expresamente no se regula algún criterio medioambiental como factor de evaluación, solamente deja a discrecionalidad del comité especial respectivo que en la elaboración de las bases administrativas –para algunos supuestos– puedan consignarse factores de evaluación distintos a los que la ley regula, por tanto, es sólo en un espacio reducido que se puedan considerar aspectos medioambientales. Frente a esto, no hay que perder de vista, que el Proyecto del Reglamento de la Ley N° 30225, acertadamente ha consignado como un criterio de evaluación adicional los relacionados a la sostenibilidad ambiental y social.

OCTAVA.-Esperamos que la próxima Reglamentación aprobada por Decreto Supremo–luego de un proceso de observaciones y aportes al PRLCE –pueda alumbrar la oscuridad legal, en cuanto a las técnicas de articulación concretas del principio de sostenibilidad ambiental incorporando referencias específicas al auténtico criterio ambiental que ha de imperar en nuestro sistema de contrataciones. En otras palabras, el poder adjudicador ha de regirse por criterios destinados a la satisfacción del interés general, respondiendo a necesidades claramente detalladas en las especificaciones técnicas, términos de referencia, o en el expediente técnico de obra.

NOVENA.-Al haberse determinado que el principio de sostenibilidad ambiental consagrado en la normatividad de Contrataciones Públicas es un principio con alcance limitado, sin mayor plasmación práctica, es que debemos de una u otra forma, propiciar la “ambientalización” de los

pliegos contractuales, promocionando la utilización de una etiqueta ecológica –lo mismo que una certificación ambiental– a cargo del Ministerio del Ambiente, mediante campañas de sensibilización y de información dirigidas a consumidores, fabricantes, comerciantes y al público en general, apoyando así el desarrollo del sistema contractual sostenible. Asimismo, consideramos importante la expedición de un reglamento técnico sectorial de obligatorio cumplimiento que contenga un listado de los bienes y servicios que deban tener determinadas características técnico ambientales.

DÉCIMA.- Este trabajo se fundamenta en la búsqueda de cimentar nuevas fórmulas jurídicas firmes para una adecuada sensibilización ambiental de las contrataciones pública bajo el ámbito de aplicación de la próxima entrada en vigencia de la Ley N° 30225, el cual busca la satisfacción de la finalidad pública con calidad en el gasto, y el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras. En estricto, todos los órganos involucrados, tanto desde fuera y dentro de la mecánica de la actividad contractual pública les es imperativo contribuir al éxito de las compras públicas verdes o sostenibles, donde el órgano de contratación no actúe como garante del cumplimiento del Derecho ambiental, ya que no es, ni puede ser su función, sino como impulsor de conductas socialmente responsables de los operadores económicos.

DÉCIMO PRIMERA.- Como punto final, debemos recalcar que la posición jurídica propuesta encaja perfectamente en la tutela de derechos que reconoce un Estado Social y Democrático de Derecho, notándose cierto cúmulo de externalidades positivas en el PRLCE, pero a la vez se nota la ausencia de muchos vasos comunicantes entre el OSCE y demás poderes públicos. El problema se incrementa cuando la densidad normativa en este supuesto –el mismo que dio origen a la investigación– es reducido, fomentando espacios de vulnerabilidad a la protección medioambiental. Cabe entender, de todos modos, que el legislador no puede regular todo con la debida profundidad y el detalle suficiente, es entonces donde la experiencia bajo determinado estructura jurídica resulta ser la mejor forma de contribuir a una proyección jurídica más acertada.

BIBLIOGRAFIA

ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., “El Reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho peruano?, *RUDEP*, V.11°-2010, Piura, pp. 71-92.

- *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Novena, El Acto Administrativo*, Universidad de Piura, revisión julio 2014, pro manuscrito.

- *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Quinta, Contratos Públicos*, Universidad de Piura, revisión abril 2014, pro manuscrito.

- *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décima Sexta, El Administrado y sus situaciones jurídicas*, Universidad de Piura, revisión junio 2013, pro manuscrito.

- *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Décimo novena, La actividad administrativa (I). La policía administrativa*, Universidad de Piura, revisión marzo 2010, pro manuscrito.

- *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección Vigésima, La actividad administrativa (II). La actividad ablatoria y la actividad de fomento*, Universidad de Piura, revisión octubre 2007, pro manuscrito.

ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*, Palestra Editores, Lima, 2010.

ALEGRE CHANG, A., *Legislación Ambiental: las competencias municipales*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, 2002.

ALENZA GARCÍA, J. F., “Desarrollo Sostenible” en SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, noviembre 2010, pp. 1387-1426.

ANDALUZ WESTREICHER, C., *Manual de Derecho Ambiental*, Iustitia, 3ªed., Lima, 2011.

ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Iustel, Madrid, 2011.

BACA ONETO, V. S., “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica”, en *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, pp. 663-689.

BRACK EGG, A., “Retos del Ministerio del Ambiente”, *Economía y sociedad*, N° 67, Lima, 2008, pp. 7-14.

CARBONERO GALLARDO, J., *La Adjudicación de los Contratos Públicos*, La Ley, Madrid, 2010.

CASADO CASADO, L., Recensión al libro de PERNAS GARCÍA, J. J., “La Contratación Pública Verde”, *RCDA*, V.III, N°2, Cataluña, 2012, pp. 1-6.

CASSAGNE, J. C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

CÉSPEDES ZAVALA, A., “Los retos de la certificación ISO: La mejora continua de la Administración Pública peruana”, en *Revista de Derecho ITA IUS ESTO*, Universidad de Piura, diciembre, 2012, Piura, pp. 43-54.

CORTEZ TATAJE, J. C., “Los principios que rigen la contratación pública”, en *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 220, marzo 2012, Lima, pp. 251-259.

CRISANTO CASTAÑEDA, A. C., “La Ley del Servicio Civil: problemas y soluciones”, en *Revista de Derecho ITA IUS ESTO*, Universidad de Piura, julio, 2013, Piura, pp. 1-3.

DANÓS ORDOÑEZ, J., “El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”, en *Revista de Derecho ITA IUS ESTO*, Universidad de Piura, noviembre, 2012, Piura, pp. 157-190.

DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del Medio Ambiente*, 3^oed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2009.

DE SOLAS RAFECAS, J. M., *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

DÍEZ-PICAZO, L. M., “La doctrina del precedente vinculante”, en *Revista de Administración Pública*, N° 98, [en línea] agosto 1982, Madrid, pp. 7-46. [Consultado el 18 de abril del 2015]. Disponible en: <<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=98&IDA=23242>>.

DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

DROMI, R., *Derecho Administrativo*, T. I/II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- *Licitación Pública*, Editorial Ciudad Argentina, 4^oed., Buenos Aires, 2010.

FOY VALENCIA, P., “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, pp. 335-350.

-“Estimativas y prospectivas sobre el sistema jurídico ambiental peruano post-Rio + 20”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 70, Lima, 2013, pp. 25-44.

-“A propósito de la –mal denominada– constitución ecológica”, en *Revista Latinoamericana de Derechos y Políticas Ambientales*, N° 1, Lima, abril 2011, pp. 17-38.

GAMIO AITA, P., “El reto de las energías renovables”, *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, pp. 456-461.

GARCÍA CAVERO, P., *Criminal Compliance*, Palestra Editores, Lima, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

GARCÍA PAZ, J., “Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú”, en *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas de la PUCP*, V.4, N° 7, Lima, 2009, pp. 39-52.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant to Blanch, Valencia, 1999.

GONZALES – VARAS IBAÑEZ, S., *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.

GÓMEZ OREA, D., “La gestión ambiental y sus instrumentos”, en *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental (II)*, Coord., FRANCISCO JAVIER MELGOSA ARCOS, Fundación Cultural Santa Teresa, Ávila, 1999, pp. 529-550.

GUZMÁN NAPURÍ, C., “Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2009, pp. 204-216.

-“Protección del Medio Ambiente y Mercado”, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 203-209.

- *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la Ley y su Reglamento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

JUAPE PINTO, M. A. y LÓPEZ MATSUOKA, J. A., *Administración de personal del sector público*, Grijley, Lima, 2009.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 9ªed., Dykinson, Madrid, 2008.

-*Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.

LÓPEZ RAMÓN, F., “El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales”, en *La protección jurídica del medio ambiente*, coord., JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 105-128.

MACEDA, B. F., *El deber industrial de respetar el ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

MACHADO RUIZ, D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍN MATEO, R. y Díez SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, 29ªed., Thomson Reuters, Navarra, 2012.

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, 3ªed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

- *Tratado de Derecho Ambiental*, V.I, Trivium, Madrid, 1991.

-“La revolución ambiental pendiente”, en *Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente*, director JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, Civitas, Madrid, 2002, pp. 49-80.

MARTIN TIRADO, R., “Responsabilidad de los integrantes de los comités especiales: límites de la discrecionalidad administrativa”, en *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Nº 133, diciembre 2004, Lima, pp. 165-169.

MARTÍNEZ LÓPEZ – MUÑIZ, J. L., “La causa jurídico – pública de los contratos públicos”, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 675-705.

-“La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”, en *Libro Homenaje al Profesor JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 751-768.

- *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

MEILÁN GIL, J. L., “Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos”, *Revista de Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, pp. 223-245.

MERCADO PACHECO, P., “Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 93-115.

MORA RUIZ, M., “Tendencias del Derecho Administrativo Ambiental: análisis de legislación y jurisprudencia”, en *Derecho y conocimiento*, V-2, Huelva, 2012, pp. 419-436.

MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

-“Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”, *Themis*, N° 52, Lima, 2006, pp. 189-210.

-“La estandarización de bienes y servicios en las compras estatales”, en *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 153, agosto 2006, Lima, pp. 199-204.

OLLER RUBERT, M., “La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *RCDA*, V.I, N°1, Cataluña, 2010, pp. 1-34.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PAULET MONTEAGUDO, F., “El crecimiento del arbitraje en materia de contrataciones públicas: datos, cifras y reflexiones”, en *Revista de Arbitraje PUCP*, N° 3, Lima, 2013, pp. 87-101.

PERNAS GARCÍA, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011.

RETAMOZO LINARES, A., *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de regulación: análisis doctrinario y exegético del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como la explicación de la normativa en el contexto de los precedentes vinculantes*, Jurista Editores, Lima, 2011.

RODRÍGUEZ – ARANA, J., “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, pp. 29-54.

SALAZAR CHÁVEZ, R., “Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras”, *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, pp. 24-35.

- “La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”, *Revista de Derecho & Sociedad* [en línea], 2008, N° 23, [Consultado el 20 de junio de 2015], Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato/>>.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo general, V.1*, Iustel, Madrid, 2004.

SANTO PADRE FRANCISCO, Carta Encíclica, *LAUDATO SI’: Sobre el cuidado de la casa común*, Paulinas, Lima, mayo 2015.

SANZ RUBIALES, I., “El medio ambiente en España y en Perú: tan lejos, tan cerca”, en *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, pp. 415-441.

- “Eficacia en la contratación pública”, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 707-720.

SOTO SALAZAR, R., “Aplicación del principio de sostenibilidad ambiental en los procesos de selección”, en *Actualidad de Procedimiento Administrativo*, Gaceta Jurídica, N° 251, octubre 2014, Lima, pp. 245-253.

VIGNOLO CUEVA, O., *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Palestra Editores, Lima, 2012.

VINCENZO ROPPO., *El Contrato*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

LINKOGRAFÍA

Banco Mundial, *Sostenibilidad Ambiental, Washington D.C, 2008*. [Consultado el 25 de junio de 2015]. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/EXTENVIRONMENT/Resources/EvalSumm_esp.pdf>.

Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre la política de productos integrados*, Bruselas, 2001. [Consultado el 25 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.pymesonline.com/uploads/tx_icticontent/ppi.pdf>.

Gobierno Vasco, *Manual práctico de compra y contratación pública verde: Modelos y ejemplos para su implementación por la administración pública*, 2010. [Consultado el 21 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus/contenidos/manual/contratacion_publica_verde/es_doc/adjuntos/2010.pdf>.

Gobierno Vasco, *Informe de tendencias sobre Compra y Contratación Pública Verde*, julio 2015. [Consultado el 26 de julio de 2015]. Disponible en: <<http://www.ihobe.eus/Paginas/Ficha.aspx?IdMenu=95390acd-6155-45cc-b339-1e2b3e4435ef&Idioma=es-ES>>.

Ministerio del Ambiente, *Plan Nacional de Acción Ambiental, PLANNA – Perú: 2011-2021, 2° ed.*, Lima, 2011. [Consultado el 20 de febrero del 2015]. Disponible en: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/plana_2011_al_2021.pdf>.

Ministerio del Ambiente, *Catálogo de proveedores, de bienes y servicios ecoeficientes – CPE*, Lima, 2012. [Consultado el 25 de julio de 2015]. Disponible en: <<http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2014/02/Cat%C3%A1logo-de-proveedores-y-servicios-ecoficientes-2012.pdf>>.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, informe acerca de la repercusión económica de las contrataciones realizadas por el Estado Peruano. [Consultado el 20 de julio de 2015]. Disponible en <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/osce-junio-se-ha-realizado-contrataciones-por-m%C3%A1s-de-s-5-mil-millones>>.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, reporte estadístico de los requerimientos de compras públicas ya programados, pero pendientes al 28 de junio del 2014. [Consultado el 25 de febrero de 2015]. Disponible en: <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/reportes-de-inter%C3%A9s>>.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el proyecto de compras públicas sostenibles. [Consultado el 12 de abril de 2015]. Disponible en: <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/osce-y-minam-participan-del-proyecto-de-compras-p%C3%BAblicas-sostenibles>>.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Informe: Impacto y avance de la compra pública sustentable en América Latina y el Caribe. [Consultado el 25 de abril del 2015]. Disponible en: <<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/oea-per%C3%BA-tiene-normas-que-promueven-la-inclusi%C3%B3n-de-criterios-sustentables-en-las-compras>>.

Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe – SELA. XL Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano,

Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe. Septiembre 2014, Caracas. [Consultado el 25 de febrero del 2015]. Disponible en:
<http://walk.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2014/11/T023600006235-0-Di_16-_Compras_publicas.pdf>.

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Decreto Legislativo N° 1017, la Ley de Contrataciones del Estado del 04 de junio de 2008, modificado por la Ley N° 29873 del 01 de junio de 2012 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF del 1 de enero de 2009.
- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado del 11 de julio de 2014 (se encuentra en *vacatio legis* hasta la expedición de su reglamentación en el diario oficial El Peruano), aunque el 06 de julio de 2015 por Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15 se ha expedido el Proyecto del Reglamento.
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General del 11 de abril de 2001.
- Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 del 15 de octubre de 2005.
- Política Nacional del Ambiente, Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM del 23 de mayo de 2009.
- Plan Nacional de Acción Ambiental PLANNAA PERÚ: 2011-2021, Decreto Supremo N° 014-2011-MINAM del 09 de julio de 2011.
- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 del 14 de noviembre de 2011.
- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios.

JURISPRUDENCIA

A. Del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo

- Sentencia del TJCE del 17 de septiembre de 2002 – Asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*.
- Sentencia del TJCE del 4 de diciembre de 2003 – Asunto C-448/01, *EVN y Wienstrom GmbH*.

B. Del Tribunal Constitucional Peruano

- EXP. N.º 03816-2009-PA/TC del 30 de marzo de 2010.
- EXP. N.º 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009.
- EXP. N.º 03448-2005-PA/TC del 1 de julio de 2005.
- EXP. N.º 03510-2003-AA/TC del 13 de abril de 2005.
- EXP. N.º 0048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005.
- EXP. N.º 020-2003-AI/TC del 17 de mayo de 2004.
- EXP. N.º 0261-2003-AA/TC del 26 de marzo de 2003.
- EXP. N.º 0964-2002-AA/TC del 17 de marzo de 2003.

C. Del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE

1 Resoluciones

- N° 1937-2014- TC-S4 del 25 de julio de 2014.
- N° 1508- 2014-TC-S4 del 23 de junio de 2014.
- N° 551-2013-TC-S1 del 14 de marzo de 2013.
- N°159-2002-TC-S2 del 14 de marzo de 2002.
- N° 023-2002-TC-S2 del 17 de enero de 2002.

2 Pronunciamientos

- N° 1465-2014/DSU del 28 de noviembre de 2014.
- N° 079-2013/DSU del 17 de enero de 2013.
- N° 258-2010/DTN del 01 de septiembre de 2010.

- N° 376-2005/GTN del 22 de diciembre de 2005.

3 Directivas

- N° 017-2012-OSCE/CD aprobada por Resolución N° 292-2012-OSCE/PRE, del 18 de setiembre de 2012.
- N° 010-2009-OSCE/CD aprobada por Resolución N° 358-2009-OSCE/PRE, del 01 de octubre de 2009.

4 Opiniones

- N° 024-2015/DTN del 30 de enero de 2015.
- N° 110-2014/DTN del 15 de diciembre de 2014.
- N° 041-2014/DTN del 26 de junio de 2014.
- N° 091-2013/DTN del 13 de noviembre de 2013.
- N° 098-2012/DTN del 10 de septiembre de 2012.
- N° 090-2012/DTN del 06 de septiembre de 2012.
- N° 084-2011-DTN del 4 de octubre de 2011.
- N° 076-2011/DTN del 05 de agosto de 2011.
- N° 130-2009/DTN del 30 de noviembre de 2009.
- N° 005-2008/DOP del 06 de febrero de 2008.