IUS ET VERITAS

Derecho Administrativo y Contrataciones Públicas

62

EDICIÓN SESENTA Y DOS

et veritasius et veritasius et veritasius

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS

Coordinador General:
Alejandro Huergo Lora

Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Diego Cabeza Urquiaga, Malú Cruzalegui Solari y Nicole Alexandra Sierra Roque
Diagramación por Tarea Asociación Gráfica Educativa

La Revista se terminó de diagramar en junio de 2021 en los talleres de Tarea Gráfica Educativa.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. De esta manera, somos la primera Asociación de estudiantes de Derecho del Perú cuya revista está indexada.

Asimismo, contamos con la indexación oficial en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja. De esta manera, la calidad de la Revista IUS ET VERITAS queda acreditada por uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra, además, indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (DOAJ) Directory of Open Access Journals, el cual es un directorio en línea que indiza y provee de acceso a revistas arbitradas y de reconocida calidad académica con contenidos publicados en acceso abierto.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a a Información Científica para la Innovación del Concytec.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av.Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: http://iusetveritas.com / http://ius360.com

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden acercarse a nuestra oficina en el campus universitario o enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com
No existe ninguna restricción con relación a la extensión de los trabajos, ni a su diagramación. Sin embargo, se recomienda una extensión de 7000 palabras en fuente Arial 11, a espacio simple. Agradecemos todo envío sin comprometernos a publicarlo.

La Asociación IUS ET VERITAS no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.

ius et veritasius et veritasius et veritas

Equipo editorial

Editora General

Jessica Vásquez Grández, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto_romboli@yahoo.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Jorge Agudo, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Miluska Orbegoso, Universidad de la Américas Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu
Giovanni Priori, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@pucp.edu.pe
Francesco Luiso, Università di Pisa (Toscana, Italia)
luisof@iol.it
Marianella Ledesma, Tribunal Constitucional del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.pe

Comité Editorial

Beatriz Franciskovic, Universidad Científica del Sur (Lima, Perú)
dfranciskovic@hotmail.com
Enrique Varsi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@er.com.pe
Lily Ku Yanasupo, Università degli Studi di Genova (Genova, Italia)
likuya@gmail.com
Eugenia Ariano Deho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
José Antonio Ñique De la Puente, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
jniqued@yahoo.es
Katherinee Alvarado Tapia, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Lambayeque, Perú)
kathyalva0767@gmail.com

Equipo Editorial

Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza, Pontificia Universidad Católica del Perú
mrodriguez@iusetveritas.com
Enzo Mina Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
emina@iusetveritas.com
Marcelo Manchego Tarazona, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mmanchego@iusetveritas.com
Ikaro Izarra Roca, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
iizarra@iusetveritas.com
Nicole Allison Navarro Torres, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
nnavarro@iusetveritas.com

Índice

Artículos

Sección Principal

El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos
The social agreement as an alternative (and non-contractual) formula for the indirect management of public social services
Mónica Álvarez Fernández 14

La compra pública de innovación: retos y oportunidades para el desarrollo de la I+d+i desde la demanda pública
Public procurement of innovation: challenges and opportunities for the development of R&D&I from public demand
Juan Antonio Carrillo Donaire 38

El Buen Gobierno en las Contrataciones del Estado: La metodologia del Total Cost of Ownership como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas
Good Governance in Government Procurement: The Total Cost of Ownership Methodology as a proposal to improve the determination and application of bid evaluation factors.
Carlos David Alberto Castro Barriga
Luis Fernando Villavicencio Benites 60

Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea
Social clauses and public procurement: the experience of European Union Law
Isabel Gallego Córcoles 82

¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España
Make in the public sector or buy from the private sector? The regulation of administrative self-supply in Spain
Carlos Alberto Amoedo-Souto 98

El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro
The law of public contracts in Spain: news and proposals for the future
José María Gimeno Feliu 111

Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones. Revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del estado
Special public investment projects and the investment excetion model. Revier of the tool that can be used to improve government procurement.
Juan Carlos Medina Flores 131

Colaboración público-privada y transferencia de riesgos
Public-private collaboration and risk transfer
Julio González García 152

Sección General

Doação sanguínea por homossexuais masculinos no Brasil: o embate Supremo Tribunal Federal x ANVISA e a (in)existência de diálogo entre poderes(*)
Blood donation by male homosexuals in Brazil: the clash Supreme Court Federal x ANVISA and (in) existence of dialogue between powers
Maria Valentina de Moraes
Eliziane Fardin de Vargas 171

El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes. Comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana
The principle of judicial non interference in arbitrations: Comments on Article 3 of the Peruvian Arbitration Law
Raffo Velásquez Meléndez
Juan Chang Tokushima 182

Acerca dos crimes de perigo abstrato-concreto na doutrina geral dos crimes de perigo
About the abstract-concrete danger crimes in the general doctrine of danger crimes
Dana Rocha Silveira
Fernando Andrade Fernandes **204**

Derecho administrativo en el marco de la comunidad andina: la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales
Administrative law in the framework of the andean community: the extension of the locus standi to request preliminary rulings
Luis José Diez Canseco Núñez
María Ángela **Sasaki Otani** **215**

Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana
Theories of punishment: the problematic application of the individual prevention in the peruvian criminal policy
Fabrizio Gabriel Farfán Ramírez **230**

Trabajo de Investigación

Constitucionalismo abusivo en el Perú: Un análisis a la vacancia presidencial por incapacidad moral y los hechos posteriores al 9 de noviembre de 2020
Abusive Constitutionalism in Peru: An analysis of presidential vacancy for moral incapacity and the events after November 9, 2020
Massiel Jhadira Rodriguez Mendoza **253**

Frustración del fin del contrato: análisis comparativo, críticas y propuestas en el ordenamiento peruano
Frustration of purpose: comparative analysis, criticism and proposals in the Peruvian legal system
Anjana Shanta Meza Lazo
Alexia Gabriela Taboada Pajuelo **265**

Consejo Directivo:

Directora Ejecutiva: Anjana Shanta Meza Lazo
Directora de Publicaciones: Jessica Vásquez Grández
Directora de Investigación Académica: Adriana Alzamora Anticona
Directora de IUS 360: Alexia Gabriela Taboada Pajuelo
Directora de Imagen Institucional: Nicole Alexandra Sierra Roque
Directora de Eventos: Milagros Alexandra Condezo Trinidad
Director de Desarrollo Social: Julio Eduardo Aurelio Ramírez Llerena
Director de Recursos Humanos: Gino Leonardo Miguel Barco Hidalgo
Director de Gestión: Sergi Gonzalo Marcos Fernández Luna
Directora de Cursos: María Isabel Pacheco Conopuma
Directora de Financiamiento: Ivana María Elizabeth Bardales Mendoza

Publicaciones:

Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza
Nicole Allison Navarro Torres
Enzo Daniel Mina Vargas
Renatto Marcelo Manchego Tarazona

IUS 360:

Eva Judith Valverde Berlanga
Yasser Abdel Vichir Alarcón
Sayra Celeste Galvez Armas
Maria Natalia Ludeña Barba
Mario Guillermo Reyes Tello
Sebastián Leonardo Leyva Ávila

Investigación Académica

Rubén Alonso Ledesma Henostroza
Nicol Huaynate Montano
Vanessa Maribel Vargas Becerril
Gladys Zulema Rios Torre
Piero Alvarado Cabana

Imagen Institucional:

Katia Alfaro Valer
Fiorella Ivette Cordero Gutierrez
Alexandra Lucía Salvatierra Amaya
Andrea Gorbeña Peña
Arantxa Silvana Mendoza Altuna
Fernanda Mia Bustamante Tejada

Gestión:

Christian Bryan Kcaleb Caichihua Bocanegra
Diego József Martínez Saravia
Fiorella Stephanie Terrazas Herrera

Recursos Humanos

Angela Galecio Barrenechea
Jazmin Guevara Abanto
Christopher Estefano Hundskopf Paz
Marycarmen Irigoyen Yncio
Ximena Michelle Díaz Angeles

Eventos

Arixa Tatiana Canales Ludueña
Andrea Luciana Muñoz Calderón
Valeria Madeleine Chávez Romero
Diego Pozo Córdova

Desarrollo Social - SIEMBRA

Daniela Torres Molleda
Ximenna Stella Lagos
Bruno Antonio Marcos Noblecilla Marini
Yhajaira Yesenia Miranda
Carla Alejandra Mercado Bazán

Cursos:

Diana Vanessa Mori Tiznado
Alessandra Yanasupo Cabanillas
Jessica Valles Aguilar
Marita del Pilar Alejos Mata
Astrid Bárraga Ochoa
Fátima del Pilar Linares Vega

Financiamiento:

Andrea Valeria Atoche Cabrera
Giuliana Alexandra Iglesias Spelucin
Valeria Virginia Elias Paulino

Podcast y Multimedia:

Daniella Elizabeth Arcasi Sosa
Karla Romero Alegre
Maricruz Pasache Sosa

Editorial

IUS ET VERITAS: el viaje que no debería tener fin

Aquel que tiene un porqué para vivir
se puede enfrentar a todos los "cómos"

Friedrich Nietzsche

A puertas de terminar una de las mejores y más enriquecedoras experiencias de mi vida universitaria que he tenido gracias a IUS (como la llamamos de cariño), me es imposible no recordar el momento en el que comencé a formar parte de esta maravillosa asociación. Desde un inicio, sentí la mística de IUS y la vi presente en cada proyecto que llevamos a cabo y en cada reconocimiento y celebración de los logros de la asociación.

Gracias al esfuerzo de cada una de las generaciones de IUSES, nuestra asociación se posicionó como un importante referente jurídico y, después de 31 años, la historia de IUS se sigue escribiendo y seguimos creciendo no solo en el ámbito externo, sino también como asociación. Este ciclo, se implementaron talleres para apoyar y reforzar el ámbito académico, profesional e interpersonal de los miembros. Asimismo, formamos, por primera vez, una comisión ad hoc de Género y Derecho con el objetivo de seguir consolidando a IUS como un espacio seguro para todas las personas.

De igual manera, a través de estas líneas, quisiera resaltar el admirable trabajo de cada una de las comisiones y el apoyo mutuo que existe entre ellas. Este ciclo, con mucha alegría, pude percibir el entusiasmo de los IUSES por conocer y apoyar a las diversas comisiones a través de las pasantías internas que se implementaron. Ahí es donde se evidencia el sentimiento de compañerismo y la mística que caracteriza a los IUSES: somos soñadores, apasionados con lo que realizamos y estamos dispuestos a superar las diversas pruebas que se presenten en el camino.

Finalmente, no quisiera terminar este editorial sin agradecer a Dios, a mi familia y a todas las personas que me apoyaron en esta maravillosa aventura: iuses, profesores y abogados. También, quisiera agradecer, de forma muy especial, al Consejo Directivo y a la Asamblea 2021-1, quienes demostraron que todo se puede lograr si se realiza con pasión y esfuerzo. Igualmente, agradezco mucho a la Asamblea 2020-2 por su confianza y por haberme brindado la oportunidad de asumir la Dirección Ejecutiva.

Sin duda alguna, IUS se convirtió en mi lugar especial dentro de la Facultad de Derecho y siempre le estaré agradecida por todo lo que me ha brindado y me ha enseñado. A quienes todavía continúan en este viaje, les deseo muchos éxitos y estoy segura de que nuestra grandiosa historia se seguirá escribiendo a través de ustedes. Hagan que su experiencia en IUS sea infinita, disfruten el viaje y que, cuando tengan que partir y unirse a la fila de los miembros extraordinarios, lo hagan con los mejores recuerdos, aprendizajes y amistades.

¡Hasta siempre, IUS ET VERITAS!

Anjana Shanta Meza Lazo
Directora Ejecutiva

Presentación

"Nunca dudes que un pequeño grupo de ciudadanos comprometidos puede cambiar el mundo. De hecho, sólo eso puede lograrlo".

Margaret Mead

La primera edición de la Revista IUS ET VERITAS fue publicada en 1990, y desde ese momento, la Asociación no solo ha asumido el compromiso de difundir la cultura jurídica, sino de propiciar espacios de investigación en las distintas ramas del Derecho. Esta edición 62 representa el inicio de una nueva etapa para la Revista, debido a presentamos nuestra primera edición temática, cuyo eje es Derecho Administrativo y Contrataciones Públicas.

Durante estos seis meses la Comisión de Publicaciones ha trabajado arduamente por modificar sus procesos de gestión editorial y adecuarlos para alcanzar el objetivo de publicar una revista temática, meta que ha sido conseguida con éxito. Esto ha sido posible gracias al apoyo del excelente equipo humano que participa de todo el proceso, el cual no solo está compuesto por miembros de nuestra comisión, sino por el Comité Editorial que nos respalda, a quienes extiendo mis agradecimientos: Beatriz Franciskovic, Enrique Varsi, Lily Ku Yanasupo, Eugenia Ariano Deho, José Antonio Ñique De la Puente, y Katherinee Alvarado Tapia.

Además, antes de presentar el contenido de nuestra revista, también quiero expresar un especial agradecimiento a nuestro Coordinador General Alejandro Huergo, quien ha sido el pilar para que este proyecto pueda ver la luz, y con quien compartimos la emoción de llevar a sus manos esta primera edición temática de la Revista IUS ET VERITAS. Asimismo, agradecemos su apoyo constante y el tiempo dedicado a coordinar este número.

La edición 62 se caracteriza por tener dos secciones importantes. En primer lugar, la sección principal, referida a nuestro eje temático relacionado a las Contrataciones Públicas. En esta sección encontramos artículos de las y los más destacados juristas españoles en el ámbito de las Contrataciones Públicas, que nos brindan una perspectiva comparada e innovadora del tema. Asimismo, presentamos a especialistas nacionales dentro del mismo eje que brindan un aporte a la academia con herramientas para mejorar las contrataciones con el Estado en el Perú, y que abordan de manera crítica el régimen actual.

En segundo lugar, tenemos la sección general, que contiene artículos de alta calidad académica de autores nacionales e internacionales de diversas ramas del derecho, para lo cual me gustaría destacar la participación de María Ángela Sasaki, Luis Diez Canseco, Dana Rocha, Eliziane Fardin, entre otros. Agradecemos a cada uno de los y las autoras por su participación en esta edición de la revista y por su contribución a la Asociación.

Además, este proyecto tiene la participación de los Trabajos de Investigación de Anjana Meza, Alexia Taboada y Massiel Rodríguez, miembros ordinarias de la Asociación IUS ET VERTIAS, a quienes debo extender mis felicitaciones por la presentación de trabajos académicos con temáticas actuales e interesantes.

Finalmente, pero no menos importante, esta edición no habría sido posible sin mi querido equipo de Publicaciones, por lo que, quiero agradecer a Massiel Rodríguez, Enzo Mina, Nicole Navarro, Ikaro Izarra y Marcelo Manchego, cuyo aporte en tiempo y dedicación ha permitido que podamos juntos publicar este número dentro de nuestra periodicidad y con la calidad y excelencia que nos caracteriza. Asimismo, quiero agradecer a Gerardo Falcón, Mario Reyes, Fátima Linares y Giuliana Iglesias, quienes también han dejado su huella en esta edición de la revista.

Con este número inicia una nueva etapa para la Revista y para nuestra Asociación, rumbo a seguir mejorando nuestros estándares de calidad y contribuir con la investigación en la academia. Espero que disfruten de leer cada uno de los artículos y puedan verificar la calidad que la Revista IUS ET VERITAS siempre les ofrece.

Jessica Vásquez Grández

Directora de Publicaciones

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.001

El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos(*)

The social agreement as an alternative (and non-contractual) formula for the indirect management of public social services

Mónica Álvarez Fernández(**)
Universidad de Oviedo (Oviedo, España)

Resumen: Las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación han habilitado la posibilidad de que los Estados miembros puedan gestionar los servicios sociales públicos a través de fórmulas no contractuales. En España, esa posibilidad se ha concretado en los denominados conciertos sociales, regulados a través de las leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas. Se trata de acuerdos a celebrar entre la Administración titular o responsable de los servicios y entidades de carácter privado, normalmente, sin ánimo de lucro. La naturaleza y el régimen jurídico de estos conciertos sociales, tal y como deriva de la regulación vigente, plantea, no obstante, algunas dudas que deberán ir resolviéndose a medida que su uso generalizado evidencie las fortalezas y debilidades de esta figura y la jurisprudencia resuelva al respecto.

Palabras clave: Servicios sociales públicos - Servicios sociales de interés general - gestión indirecta - Gestión no contractual - Concierto social - Organización sin ánimo de lucro

Abstract: The procurement Directives have enabled member States of the European Union to manage public social services through a non-contractual formula. In Spain, this possibility has been realized in “social agreements”, regulated through the Social Services Laws of the Autonomous Communities. These are agreements to be entered into between the Administration in charge of or responsible for the services and private entities, normally non-profit organizations. However, the nature and legal regime of these social agreements, as it results from the current regulation, raises some doubts. They should be resolved as their widespread use reveals the strengths and weaknesses of this figure and the case law resolves them.

Keywords: Public social services - Social services of general interest - Indirect management - Non-contractual management - Social agreement - Nonprofit organization

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 5 de febrero de 2021 y su publicación fue aprobada el 16 de marzo de 2021.

(**) Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Miembro del grupo de investigación Derecho Administrativo (https://da.grupos.uniovi.es/). *Of Counsel* del Departamento de Regulatorio, Derecho Público, Urbanismo y Competencia en Ontier. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5093-1626. Correo electrónico: afmonica@uniovi.es.

1. Introducción

Las últimas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y sobre concesiones(1) han dado una nueva vuelta de tuerca al marco jurídico de los contratos públicos en los distintos Estados miembros aunque, paradójicamente, también han impulsado la posibilidad de recurrir a instrumentos no contractuales en ámbitos que tradicionalmente han requerido la formalización de contratos en sentido estricto. Es el caso, en particular, de la prestación de determinados servicios de titularidad o responsabilidad pública y, por lo que ahora interesa, en concreto, de los servicios sociales.

La gestión de las prestaciones integrantes de los Sistemas Públicos de Servicios Sociales se había venido articulando hasta el cambio de paradigma actual, bien directamente por la propia Administración, a través de sus propios medios; bien indirectamente, mediante la celebración de contratos de gestión de servicios públicos en sus diversas modalidades(2), fórmula contractual clásica en el ordenamiento jurídico español desde la Ley de Contratos del Estado de 1965(3).

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) truncó esta trayectoria suprimiendo el contrato de gestión de servicios aunque, a cambio, ha regulado dos vías con esa misma finalidad, la concesión de servicios y el contrato de servicios(4), dependiendo de que se traslade o no el riesgo operacional del contrato al adjudicatario(5).

No obstante, con ser importante este cambio, resultan aún más relevantes las nuevas posibilidades que la LCSP establece para flexibilizar la adjudicación y prestación tanto de las concesiones como de los contratos de servicios que se adjudiquen en el ámbito de los servicios sociales y satisfacer así más adecuadamente las necesidades a las que tales servicios se dirigen(6).

Por una parte, y precisamente con la finalidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de estos servicios(7), así como las necesidades específicas de los usuarios a los que van

(1) Estas Directivas denominadas de cuarta generación son la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y, por último, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Todas ellas publicadas en el DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014.

(2) La concesión, la gestión interesada, la empresa de economía mixta y, principalmente, el concierto, habitual para la gestión indirecta de servicios sociales públicos.

(3) Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. Posteriormente, a partir de esta norma, ya bajo la influencia del Derecho comunitario, el contrato de gestión de servicios públicos se recogió en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, finalmente, antes de su derogación por la actual normativa, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

(4) De hecho, el contrato de servicios tiene una regulación específica en el artículo 312 LCSP cuando tiene por objeto prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

(5) *Véase* sobre esta cuestión general Huergo, A. (2018). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En M. Vaquer, A. Moreno & A. Descalzo (coord.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 1791-1832), Tirant lo Blanch; *véase* Hernández, F. (2018). La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios. En J. Gimeno (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 477-515). Thomson Reuters Aranzadi. En el ámbito de la prestación de servicios a las personas, *véase* Domínguez, M. (2019). Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. *Revista General de Derecho Administrativo, 50*. Asimismo, *véase* Garrido, A. (2020). *Los servicios sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Aranzadi Thomson Reuters.

(6) El interés por promover la contratación "social" se pone de relieve en la propia Exposición de Motivos de la Ley que eleva a categoría de objetivo de la contratación pública la implementación de políticas tanto europeas como nacionales en materia social.

(7) En concreto esta posibilidad se concreta en relación con las concesiones de servicios y con los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV, lo que incluye, en particular, los servicios consistentes en prestaciones sociales. Para un mejor conocimiento del alcance de los servicios a los que se refiere el Anexo puede verse el Reglamento (CE) 213/2008, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) 2195/2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.

dirigidos, se exhorta a los órganos de contratación para que diseñen un régimen jurídico especial que alcance a todas las fases de estos contratos y que, sin perjuicio de la aplicabilidad de las disposiciones generales de la Ley, tenga en cuenta el contexto en que estos servicios se desenvuelven[8]. Se permite, pues, el establecimiento de una regulación particular para las concesiones y contratos de servicios que tienen por objeto servicios sociales, aunque se renuncia a establecer un marco normativo común para estos supuestos, remitiendo a lo que en cada caso estime conveniente el órgano de contratación[9].

A su vez, la Ley permite reservar la adjudicación de contratos relativos a servicios sociales a determinados sujetos especiales. Por una parte, y como ya se venía recogiendo en normas anteriores a la vigente, a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción[10], a los que se reservarán necesariamente porcentajes mínimos del derecho a participar en procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre y cuando el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en estas entidades o programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30%[11].

Sin embargo, ahora se establece también la posibilidad de reservar el derecho a participar en los procedimientos de licitación de determinados contratos de servicios de carácter social[12] a algunas concretas organizaciones que cumplan todas las condiciones que contempla la Ley[13], organizaciones que no se identifican en sentido estricto con las denominadas entidades del tercer sector de acción social, sino que se extienden más allá de estas, también a las denominadas -entre nosotros- entidades de economía social[14].

(8) Así, por ejemplo, la propia disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP, que es la que contempla esta posibilidad, dispone que al establecer los criterios de adjudicación de estas concesiones y contratos, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza, la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta o el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

(9) Así, *véase* Bernal, M. (2018). La contratación de los servicios a las personas. En E. Gamero & I. Gallego (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (pp. 2841-2874). Tirant lo Blanch. Asimismo, *véase* Manent, L. & Tenhaeff, S. (2018). Tipología de contratos (iii): los contratos para la gestión de servicios públicos. En J. Mestre & L. Manent (dir.), *Ley de Contratos del Sector Público: Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos* (pp. 211-213). Tirant lo Blanch.

(10) Regulados respectivamente en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

(11) Así se contempla en la disposición adicional cuarta de la LCSP.

(12) En concreto, los que se identifican en la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP expresamente con su código CPV, entre los que se pueden mencionar, a modo de ejemplo, los servicios de asistencia social con y sin alojamiento, servicios de bienestar social proporcionados a discapacitados y a menores, servicios de centros de día, servicios sociales, servicios sociales administrativos o servicios prestados por asociaciones de carácter social y de carácter juvenil. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la reserva no alcanza a todos, sino solo a algunos los contratos de servicios sociales del Anexo IV, a los que, sin embargo, sí se extiende la posibilidad de establecer un régimen jurídico especial.

(13) Estás condiciones se recogen en la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP y son las siguientes: (i) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios citados; (ii) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; (iii) en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación; (iv) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas, y (v) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo a lo previsto en la indicada disposición adicional en los tres años precedentes.

(14) Las primeras se regulan (cuando su ámbito de actuación es estatal o supera el territorio de una Comunidad Autónoma) en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social. Las segundas, se rigen (todas las que actúen dentro del Estado) por la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Si bien entre estas últimas la mayoría carecen de ánimo de lucro, no necesariamente es así, por lo que, existe un matiz distintivo importante que puede determinar que no resulte posible extender a todas ellas en conjunto la calificación de entidades sin ánimo de lucro. La LCSP solo utiliza en una ocasión esta noción (entidades sin ánimo de lucro), en concreto, en el artículo 19.2.f) LCSP, para excluir de entre los contratos sujetos a regulación armonizada a los que teniendo por objeto determinados servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales, sean prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro.

A todos estos cambios[15] deben sumarse la novedad apuntada más arriba, esto es, la posibilidad de que las Administraciones responsables de la prestación de servicios sociales puedan gestionarlos a través de terceros sin necesidad de celebrar un contrato articulando, en consecuencia, una nueva vía de colaboración público-privada no contractual en este ámbito[16].

Si bien, no se trata de un mecanismo absolutamente nuevo en ciertos sectores de actividad administrativa, incluso del ámbito de los servicios a las personas[17], sí lo es en el campo de los servicios sociales, y han sido precisamente las Directivas de cuarta generación (y, posteriormente, la LCSP) las que han determinado la reciente eclosión de normas reguladoras de los nuevos conciertos sociales aprobadas por las Comunidades Autónomas y de las que se deriva el nuevo régimen jurídico aplicable a este mecanismo.

2. El presupuesto del concierto social: la prestación de servicios sociales como servicios públicos y como servicios de interés general

El ámbito de nuestro análisis, los servicios sociales que tomamos como referencia, se concretan en el conjunto de medios personales, materiales y técnicos de todo tipo que confluyen en prestaciones concretas de carácter social y que tienen por objeto proporcionar una cobertura asistencial a personas, familias y grupos en situación de vulnerabilidad con la finalidad de promocionar su autonomía, favorecer su inclusión social, promover y proteger su desarrollo y, en definitiva, garantizarles una vida digna.

Cuando dicha actividad se planifica, organiza y se desarrolla como propia por la Administración adquiere la naturaleza de servicio público. Esto último se entiende como el resultado de una decisión administrativa o *publicatio* en relación con una determinada actividad que pasa a ser asumida por la Administración pública competente y que constituye el título de intervención sobre ella con el objetivo de satisfacer el interés general vinculado a la misma; ya sea en régimen de monopolio, o bien en concurrencia con los particulares[18].

En el caso de los servicios sociales resulta aplicable, sin duda, esta concepción de

(15) Pueden mencionarse igualmente otras previsiones que inciden en la singularidad y especialidad de la contratación en el ámbito de los servicios sociales como, por ejemplo, la elevación del umbral económico para la sujeción a regulación armonizada de los contratos que se celebren con este objeto a 750.000 euros o, tratándose de una concesión de servicios, a 5.350.000 euros [artículos 22.1.c) y 20.1 LCSP]. También la posibilidad de que se establezca un plazo de duración superior a los cinco años establecidos para los contratos de servicios "cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente" (artículo 29.4 LCSP), o, igualmente, que sea necesario tener en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales de los previstos en la disposición adicional cuadragésima octava [artículo 145.3.g) LCSP].

(16) Si bien, excede del objeto de este trabajo, debe apuntarse que en las normas más recientes dictadas por las Comunidades Autónomas en el marco de las competencias que todas ellas ostentan en materia de servicios sociales, junto al concierto social se contempla también la posibilidad de gestión de servicios sociales del Sistema Público correspondiente mediante la suscripción de convenios con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro en los casos en los que la actividad o servicio de que se trate presente singularidades, la prestación sea urgente, o bien tenga carácter experimental o innovador. *Véase*, a modo de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 9/2016 de Andalucía, en el artículo 25 nonies de la Ley 3/2003 de la Región de Murcia o en el artículo 69 de la Ley vasca 12/2008. Asimismo, el artículo 21 de la Ley 12/2018 de las Islas Baleares se refiere a la cooperación directa, que deberá justificarse en la mejor eficiencia de la prestación, en la eficacia presupuestaria y en la no distorsión indebida de la competencia. En relación con estos Convenios (y la ausencia de regulación precisa en la mayoría de los casos) podrían apuntarse la gran mayoría de las dudas y cautelas que se ponen de manifiesto en este trabajo respecto al concierto social. Deben diferenciarse en todo caso, de los supuestos de acuerdos directos de acción concertada que se prevén en algunas normas autonómicas.

(17) La idea de "servicios a las personas" a la que se refieren las Directivas comunitarias incluye no solo a los servicios sociales, sino también a los servicios sanitarios y educativos. Para estos últimos ya se había previsto a través de sus normas específicas y mucho antes de la consagración por las Directivas comunitarias de la "acción concertada" en el ámbito estrictamente social, la posibilidad de establecer conciertos por vía convencional. En el ámbito sanitario en el que ha sido habitual el recurso a los conciertos, los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y las normas autonómicas dictadas en desarrollo de la regulación básica en la materia, regulan el régimen de convenios singulares que permiten la celebración de conciertos especiales (junto con los conciertos ordinarios regulados en el artículo 90 de la misma Ley). Los conciertos educativos, por su parte, se configuran como instrumentos en virtud de los cuales los centros privados se sostienen con fondos públicos para impartir los niveles de enseñanza obligatoria en régimen de gratuidad. Tales instrumentos adoptan la forma de convenios de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de la Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y las normas de desarrollo autonómicas.

(18) Nos encontraríamos aquí con las dos manifestaciones del servicio público más tradicionales. Por una parte, el servicio público

servicio público, toda vez que la consecución de los objetivos del Estado Social y, por tanto, la efectividad de un nivel de bienestar aceptable respecto a necesidades sentidas como básicas por la comunidad, requieren una toma de posición de la Administración dirigida a asegurar la disponibilidad de los servicios sociales y el acceso a los mismos así como su cumplimiento efectivo, lo que conlleva su gestión y provisión en un régimen de Derecho público exorbitante. Ahora bien, como ha ocurrido tradicionalmente en este sector, no se constituye un monopolio *de iure* en la prestación, sino que la participación del sector privado, y especialmente de las entidades de iniciativa social, como se analizará más adelante, resulta una característica básica en el ámbito de los servicios sociales.

La actividad "publificada" de competencia administrativa se articula a través de los Sistemas Públicos de Servicios Sociales, que se configuran como la estructura que sustenta todo el conjunto de servicios sociales de titularidad y responsabilidad administrativa(19), integrando, por una parte, los recursos, prestaciones, actividades, programas, proyectos y equipamientos públicos y, por otra, los de carácter privado con los que las Administraciones contraten, concierten o celebren acuerdos o convenios de colaboración(20), con el objetivo común de hacer frente a las situaciones de necesidad y vulnerabilidad(21).

Ahora bien, como se adelantó, la intervención privada en el ámbito de la acción social tiene una importancia destacada más allá de las redes públicas de servicios sociales, admitiéndose sin restricción alguna, como no podía ser de otra manera, no solo como fuente de prestaciones sociales en el marco de los principios de solidaridad y cohesión social, sino también como ámbito generador de empleo y riqueza. La actividad desplegada por este sector privado se integraría en lo que se han denominado

---

que conlleva un monopolio de la Administración y que se justifica sobre lo establecido en el artículo 128.2 CE. Se trataría de un concepto estricto o restringido de servicio público, frente a una modalidad distinta en la que la actividad prestacional asumida por la Administración coexiste con la iniciativa de los particulares, si bien, manteniendo el resto de los caracteres propios del servicio público. Asimismo, recomendamos la lectura un estudio sobre las distintas concepciones del servicio público, *véase* Álvarez, M. (2004). *El abastecimiento de agua en España* (pp. 257-291). Editorial Civitas. En esta literatura, se diferencia entre la *publicatio* estricta e intensa y la *publicatio* laxa o débil. Respecto del distinto alcance de las concepciones de servicio público, también *véase* Gómez-Ferrer, R. (1973). El régimen general de los Centros privados de enseñanza. *Revista de Administración Pública, 70*, 7-27; *véase* Souvirón, J. (1998). La actividad de la Administración y el servicio público (p. 499). Comares. También, *véase* Chinchilla, M. (1991). El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión. En S. Retortillo (coord.)*, Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (pp. 943-972). Civitas. *Véase* De La Cuétara, J. (1993). *La actividad de la Administración* (p. 133). Tecnos. En relación con el ámbito de acción social, *véase* Tornos, J. & Galán, A. (2007). *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio* (pp. 19-20). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. *Véase* Moreno, M. (2002). *Régimen jurídico de la asistencia social* (pp. 114-115). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Asimismo, *véase* Beltrán, J. (1992). *El régimen jurídico de la acción social pública* (p. 137). Instituto Vasco de Administración Pública. También *véase* Vaquer, M. (2005). Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo, 8*. Muy anteriormente, *véase* Martín, R. (1967). *Guía de actividades públicas asistenciales. La asistencia social como servicio público* (pp. 55-59). Ministerio de la Gobernación.

(19) Sobre los caracteres de estos sistemas jurídicos *véase* Alonso, J. & Alemán, C. (2020). *El sistema de servicios sociales. Nuevas tendencias en España* (p. 68). Tirant lo Blanch. Asimismo, *véase* Alonso, J. & Gonzalo, B. (2000). *La asistencia social y los servicios sociales en España* (2.ª ed.), Boletín Oficial del Estado; *véase* Alemán, C. & Alonso, J. (2011). Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales. *Revista General de Derecho Administrativo, 27*. Finalmente, *véase* Malaret, E. (2002). Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de Bienestar. En *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña* (pp. 265-332). Tirant lo Blanch Valencia (p. 239).

(20) El complemento a esta organización son las Carteras o Catálogos de servicios sociales que se contemplan en las Leyes de Servicios Sociales más actuales y en los que se identifican el conjunto de prestaciones (técnicas, económicas y materiales) garantizadas desde los Sistemas Públicos de Servicios Sociales. Además de los anteriores puede preverse otros servicios que, sin embargo, no quedan garantizados.

(21) A ello deberían sumarse las prestaciones de los Sistemas de Autonomía y Atención a la Dependencia que se han integrado en los Sistemas Públicos de Servicios Sociales autonómicos, tal y como prevé el artículo 16.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. *Véase* al respecto, Palomar, A. (2008). El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Competencias. En A. Sempere & P. Charro (coords.)*, Comentario sistemático a la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y normas autonómicas.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi (p. 249). Finalmente, *véase* De Palma, A. (2009). Los servicios sociales en Cataluña como marco de atención a las situaciones de dependencia. En V. Aguado (coord.)*, Servicios Sociales, dependencia y derechos de la ciudadanía*. Atelier Barcelona (p. 127).

Sistemas de Servicios Sociales, entendidos como ámbito más amplio y genérico que incluiría a todos los servicios sociales "regulados"[22] dispensados en un territorio.

Desde esta última perspectiva, la concepción tradicional del servicio público, en su significado objetivo o material, al que hemos aludido, se ampliaría con una acepción funcional del mismo, que se identifica con una versión del servicio público entendido como finalidad social o asistencial a satisfacer, que puede cumplirse, por tanto, no solo desde instancias públicas, sino también en un marco estrictamente privado aunque intervenido[23]. La Administración asumiría entonces potestades de planificación, autorización y, en su caso, acreditación e inspección, pero también de colaboración y financiación.

Esta visión amplia y funcional del servicio público es la que se acoge en el Derecho comunitario y se concreta en el concepto de servicio de interés general[24] o, más precisamente, en relación con la actividad que se analiza, de servicios sociales de interés general[25] que se corresponden con los servicios esenciales prestados directamente a la persona, los cuales se desempeñan un cometido preventivo y de cohesión e inclusión social[26].

Ahora bien, este nuevo concepto[27] no se dirige a definir los contornos de una nueva institución jurídica a escala europea, sino

(22) Esto es, tanto las prestaciones que integran las redes públicas de servicios sociales como todos aquellos recursos prestados por la iniciativa privada (con o sin ánimo de lucro) que, aun cuando no se asuman por la Administración deben cumplir unos requisitos básicos vinculados a la calidad en su prestación y a las garantías de los usuarios, han de quedar sometidos a un régimen de previa autorización y registro.

(23) *Véase* Rodríguez de Santiago, J. (2007). *La Administración del Estado Social* (p. 69). Marcial Pons. En esta fuente, se contrapone así la responsabilidad estatal plena o de completo cumplimiento a la responsabilidad estatal de regulación del marco normativo colocando entre uno y otro extremo diversos tipos de responsabilidad que se refieren al tipo de función que realiza el Estado y a la intensidad de la vinculación entre el sujeto público y la actividad. *Véase* Tornos, J. & Galán, A. (2007). *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio* (p. 14). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Asimismo, de acuerdo con Gimeno, J. (2018, p. 14), se parte de la idea de un Estado garante de servicios públicos de calidad, en el que lo esencial es la regularidad, continuidad y neutralidad de los mismos y no tanto quien los presta.

(24) Sobre el concepto de servicio de interés general, *véase*, además de los documentos que se citan aquí, en la doctrina, entre otros muchos trabajos, los de Laguna de Paz, J. (2007). *Servicios de interés económico general* (p. 37). Civitas-Thomson-Reuters. Asimismo, *véase* Díez-Picazo, L. (2009). Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario. En Muñoz Machado, S. & Esteve Parado, J., (dirs.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (p. 409). Iustel.; *véase* Parejo, L. (2004), Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, *7*, 56; *véase* Malaret i García, E. (2003) Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?, *Revista de Estudios de la Administración Local, 291*, 579; Muñoz, S. (1998), *Servicio público y mercado. I Los fundamentos* (p. 225). Civitas; y, en particular, Vaquer, M. (2010). De nuevo sobre la "doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los servicios sociales" y su aplicación en materia de vivienda. *Revista General de Derecho Administrativo*, *25;* y Aguado i Cudolà, V. (2012). El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales. En A. Ezquerra (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (p. 57). Atelier.

(25) Ahora bien, tal y como establece la Comunicación de la Comisión "Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea", COM (2006) 177 final, de 26 de abril, de 2006: 4, los servicios sociales de interés general "no constituyen una categoría jurídica diferenciada dentro de los servicios de interés general", pero sí que se les reconoce un "lugar específico como pilares de la sociedad y de la economía europeas", de la denominada economía social, resultando indispensable para lograr la cohesión social, económica y territorial en el ámbito de la UE. La Unión Europea acoge, en este sentido, los postulados del Estado Social. De hecho, los Tratados señalan como objetivos a alcanzar los de progreso y protección sociales, cohesión, solidaridad y lucha contra la exclusión social, todo ello en el marco de una "economía social de mercado" (artículo 3 TUE). La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, "Sobre el futuro de los servicios sociales de interés general" (2009/2222(INI)), considera que tales servicios constituyen un "pilar esencial del modelo social europeo y como base para una buena calidad de vida y para la consecución de los objetivos económicos, de empleo y sociales de la UE". El artículo 9 TFUE prevé que en el diseño y ejecución de las competencias asumidas por la Unión se tomen en consideración de todas las exigencias vinculadas a la consecución de una protección social adecuada. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea enumera, bajo el epígrafe "Solidaridad", una serie de derechos sociales vinculados a la protección de trabajadores, familias, jóvenes y niños, a la salud, a la seguridad social y a la ayuda social.

(26) En este sentido, la Comunicación de la Comisión COM(2011) 900 final, de 20 de diciembre de 2011, "Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa": 4. Por su parte, la Comunicación COM(2006) 177 final: 4, incluía entre los servicios esenciales prestados directamente a la persona las ayudas para afrontar retos inmediatos de la vida o crisis, las actividades destinadas a asegurar que las personas posean las competencias necesarias para su inserción completa en la sociedad y, en particular, en el mercado laboral, las actividades destinadas a garantizar la inclusión de las personas con necesidades a largo plazo debidas a una discapacidad o a un problema de salud, así como la vivienda social.

(27) El Protocolo Nº 26 "Sobre los servicios de interés general", adjunto al Tratado de Lisboa, introdujo, por primera vez la noción de servicios de interés general de carácter no económico en el Derecho comunitario originario. Hasta entonces el único concepto que se había manejado en los Tratados era el de servicios económicos de interés general.

fundamentalmente a acotar el ámbito de aplicación de las normas de Derecho comunitario y, en particular, las reglas relativas a competencia y mercado interior, así como las relativas a la contratación pública y, en definitiva, a condicionar el régimen jurídico aplicable a las prestaciones sociales. Por lo tanto, resulta básico identificar, en primer lugar, cuáles son los servicios sociales de interés general y, dentro de ellos, los de carácter económico y no económico.

La distinción aludida deriva del tipo de actividad y, en particular, de la forma en que esta se presta, organiza y financia(28) independientemente de cuál sea su naturaleza y de quién preste efectivamente el servicio. Sobre esta base, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha venido considerando como no económicas actividades de carácter puramente asistencial, dirigidas estrictamente a la protección social de personas, familias o grupos vulnerables, gestionadas directa o indirectamente por la Administración y financiadas con cargo a los presupuestos públicos(29). Se trataría de servicios directamente vinculados a la satisfacción de los principios de cohesión social y solidaridad(30). En cambio, serían actividades económicas todas aquéllas que consisten en la oferta en un mercado a cambio de una remuneración que actúa a modo de contrapartida por la prestación, y ello aun cuando tal remuneración no corra a cargo de los beneficiarios o usuarios del servicio, e incluso en los casos en que dichas actividades revistan los caracteres propios de una prestación social y se desarrollen por una entidad pública o por una organización sin ánimo de lucro(31).

Trasladando lo anterior a nuestro ordenamiento jurídico español, y sin poder realizar una identificación nítida, podrían considerarse, no obstante, como servicios sociales de carácter no económico los que en el ámbito propio de los Sistemas Públicos de Servicios Sociales autonómicos cubren una necesidad de carácter vital, entendida ésta como la exigencia de contar con unas condiciones de existencia dignas en sus diferentes vertientes(32). Pero además, y junto

(28) Tal y como ha establecido la Comunicación de la Comisión - COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007, "Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo", que acompaña a la Comunicación "Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno" (p. 5), no resulta fácil delimitar esa diferencia a priori, sino que resulta necesario un análisis caso por caso. Una crítica sobre esta indefinición en Vaquer (2010, pp. 18-19). Laguna de Paz, J. (2016, p. 22), señala que no hay servicios que por naturaleza pertenezcan a una u otra categoría, sino que "todo depende de su régimen jurídico". Para Domínguez, M. (2019, p. 12), la diferenciación entre servicios de interés económico general y servicios no económicos de interés general es "dinámica y evolutiva, dado que la existencia o no de un mercado en un determinado sector dependerá de la evolución tecnológica, económica y social".

(29) *Véase* la STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto C- 263/86, Humbel (ECLI:EU:C:1988:451), apartados 16 a 20 en relación con las prestaciones del sistema nacional de educación. El Tribunal advierte que no existe contraprestación de los usuarios, pues cuando el Estado establece y mantiene el servicio de educación no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple, respecto a la población, objetivos del ámbito social, cultural y educativo. En el mismo sentido la Sentencia de 7 de diciembre de 1993, asunto C-109/92, Wirth (ECLI:EU:C:1993:916), apartados 15 y 16. Pero incluso en el caso de que hubiera una contribución económica por parte de los beneficiarios del servicio, dado que su importe sería siempre inferior al precio del servicio y no se dirigiría, en sentido estricto, a pagar la prestación que se recibe, no podría identificarse como una remuneración frente al servicio.

(30) La STJCE de 17 de febrero de 1993, asuntos C-159/91 y C-160/91, Poucet y Pistre (ECLI:EU:C:1993:63), apartado 18, considera que unas entidades gestoras de un seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una actividad no económica, por basarse en el principio de solidaridad nacional, carecer de toda finalidad lucrativa y, además, por resultar las prestaciones independientes de la cuantía de las cotizaciones. En el mismo sentido también la STJCE de 22 de enero de 2002, asunto C-218/00, Cisal (ECLI:EU:C:2002:36), apartados 44 a 46 y la STJCE de 17 de junio de 1997, asunto C-70/95, Sodemare (ECLI:EU:C:1997:301), apartado 29.

(31) En este sentido la STJCE de 12 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros (ECLI:EU:C:2000:428), apartados 117 y 118 y la STJCE de 22 de enero de 2002, ya citada, apartado 37. Por su parte, la STJCE de 25 de octubre de 2001, asunto C-475/99, Glöckner ECLI:EU:C:2001:577), apartado 20, considera como actividad económica el servicio de transporte urgente y de transporte de enfermos a cargo de una organización que carece de ánimo de lucro. Por su parte, la Comisión incluye en esta categoría también aquellos servicios sociales que se desarrollan en "centros de acción social" que ofrecen servicios a las personas mayores y a los discapacitados. Así lo recoge el apartado 33 del Documento SEC (2013) 53 final/2, de 29 abril de 2013, "Guía relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, contratación pública y de mercado interior a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general" (p. 34).

(32) Urgencia o exclusión social, riesgo o desamparo de menores y adultos, inseguridad, discapacidad o dependencia en todas sus manifestaciones, violencia doméstica o de género, etc. Al respecto Tornos & Galán (2007, p. 24), *véase* Vaquer (2010, p. 12), la diferencia entre servicios sociales de carácter económico y los de carácter no económico refiriéndose a las viviendas sociales. Como ya se indicó, las Leyes de Servicios Sociales autonómicas incorporan como principio básico informador de su actuación el de la responsabilidad pública, que se traduce, por lo que aquí interesa, en la asunción, por parte de los poderes públicos, de la obligación de atender los problemas sociales movilizando para ello los recursos financieros, humanos y técnicos necesarios.

a lo anterior, esas necesidades vitales de que se trata no deben poder ser satisfechas autónomamente por sus beneficiarios por falta de condiciones o de medios, procediendo, en consecuencia, su provisión por terceros (esencialmente, por la Administración o por entidades de iniciativa social), pero al margen de una remuneración o de cualquier otro interés lucrativo, pues aún en el caso de que los destinatarios lleguen a contribuir a la prestación, tal contribución sería insuficiente para cubrir su coste[33], encajando, por lo tanto, en un engranaje que responde prioritariamente al principio de solidaridad[34].

Todos los demás servicios sociales distintos de los anteriores, que en la práctica serían la mayoría, se considerarán actividades económicas en sentido estricto. Se ajustarían a esta categoría todos aquellos servicios sociales dirigidos a proporcionar a sus destinatarios bienestar ante las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren. Tendrían este carácter, en todo caso, cuando la prestación que se ofrece, bien desde instancias públicas, bien desde el sector privado (lucrativo o no lucrativo), va dirigida a coadyuvar a los medios y recursos de los que el propio beneficiario dispone para hacer frente a su situación o, por supuesto, en los casos en que la prestación se obtiene a cambio de una remuneración.

Como se adelantó esta distinción resulta importante a efectos de determinar la aplicabilidad del Derecho comunitario y, por ende, también, aunque en muy inferior medida, del ordenamiento jurídico interno. Así, los servicios sociales económicos, aun cuando se limita la acción de la Unión Europea reconociéndose a las Administraciones Públicas, en sus distintos niveles, una amplia discrecionalidad para su prestación, gestión y organización[35], quedan sometidos, por una parte, a las normas sobre competencia en los términos del artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)[36] y, por otra parte, a las normas sobre mercado interior de acuerdo con lo previsto en los artículos 49 y 56 TFUE, lo que no impide, a su vez, que deban ser objeto de determinadas exigencias destinadas a regular el mercado como son, por ejemplo, las obligaciones de autorización o registro de las prestaciones, servicios o centros correspondientes y, todo en ello, en atención a las "razones imperiosas de interés general" en que se constituyen los objetivos de política social[37].

Además, estos servicios sociales quedan sujetos a las normas de contratación, ahora bien, dado que carecen normalmente de interés transfronterizo su sumisión a las Directivas de contratos resulta limitada, primero, por la necesidad de que superen los umbrales previstos en las normas comunitarias, más elevados que los de otros servicios y, en todo caso, cuando los superen, su adjudicación se realizará con arreglo a un régimen más simplificado e incluso, específico, con reserva a determinadas entidades, de acuerdo con lo que se ha señalado más arriba.

Por su parte, los servicios sociales no económicos quedan excluidos de la aplicación de las normas generales sobre competencia y ayudas de Estado y también de las vinculadas a la libre prestación de servicios y de establecimiento, de acuerdo, en este último caso, con lo previsto en la Directiva 2006/123/CE, siempre y cuando se gestionen directamente por la Administración o indirectamente por encargo de esta y, en su caso, por una entidad de iniciativa social sin ánimo de lucro[38]. También se excluye del ámbito de las Directivas en materia de contratos.

---

(33) La remuneración de esas prestaciones procederá básicamente, en el caso de las prestadas por la Administración, de las partidas asignadas en los presupuestos, y obtenidas de la recaudación impositiva de los ciudadanos y, en el caso de las entidades de iniciativa social, de las donaciones o, en su caso, de las subvenciones que puedan recibirse de las instituciones públicas.

(34) *Véase* Míguez, L. (2012). La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales. *Revista Española de Derecho Administrativo, 153*, 41-42.

(35) Artículo 1 del Protocolo Nº 26. Será necesario, sin embargo, alcanzar una serie de objetivos como son los de cercanía al usuario, alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, igualdad de trato y acceso universal.

(36) Salvo que la aplicación de tales normas impida, de hecho o de derecho y de manera justificada, el cumplimiento de la finalidad de interés general que aquellos servicios tienen asignada, en cuyo caso también se excepcionaría esa aplicación. En este sentido, la STJCE en el asunto Glöckner, ya citada, apartado 61.

(37) Esos objetivos se identifican claramente en la Comunicación COM (2007) 725 final: 7. Por su parte, la Directiva 2006/123/CE justifica esos regímenes de autorización en su artículo 9. Debe recordarse que las prestaciones de que se trata se vinculan a la dignidad humana, a la vida o a la salud y, por lo tanto, una supervisión a posteriori de la actividad desplegada por un prestador podría resultar insuficiente para evitar daños y perjuicios a los beneficiarios de los servicios. Se justifica también en el apartado 6.5 del Documento SEC (2010) 1545 final: 86, ya citado, que recoge la Guía para la aplicación a los servicios sociales de interés general de las reglas sobre mercado interior y competencia.

(38) La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se refiere a los servicios no económicos de interés general en el artículo 2.2.a) y, específicamente, en el apartado 2.2.j) excluye del ámbito de aplicación de

No es el caso de nuestro Derecho interno, pues la LCSP, con carácter general se aplica a cualquier contrato público celebrado por una Administración Pública que tenga por objeto la prestación por un tercero de servicios sociales públicos, cualquiera que sea la naturaleza o carácter de éstos. Todo ello sin perjuicio de la incorporación del régimen de contratación más laxo que se establece para la contratación de estos servicios en algunos casos y, por supuesto, del reconocimiento de la posibilidad de recurrir a fórmulas no contractuales, vía por la que se ha articulado el concierto social que se analiza aquí.

3. El contexto jurídico del concierto social

Los servicios sociales identificados, por su propia naturaleza y por esa limitada dimensión transfronteriza indicada, presentan unos perfiles específicos y singulares que determinan la forma de su prestación, vinculada íntimamente a las distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales de cada Estado miembro. Es por ello que las Directivas comunitarias otorgan a estas amplias facultades para establecer el régimen jurídico más adecuado en cada caso.

Así, el Considerando 6 de la Directiva sobre contratación Pública (Directiva 2014/24/UE) recuerda esa libertad de los Estados miembros para organizar en su territorio la prestación de los servicios sociales obligatorios, así como de cualquier otro servicio, ya sean servicios de interés económico general o servicios no económicos de interés general. Más adelante (Considerando 114), la propia norma precisa que en ese marco de libertad que corresponde a los Estados miembros, estos no necesariamente deben celebrar contratos públicos para la prestación de servicios a las personas (y, entre ellos, los servicios sociales), sino que pueden recurrir a otras fórmulas entre las que se menciona su mera financiación o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. En los mismos términos se manifiestan la Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) en su Considerando 54 y la Directiva relativa a la contratación en los sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE) en su Considerando 120.

Así pues, las Directivas habilitan ahora a los Estados miembros para que puedan concretar fórmulas específicas, *ad hoc*, distintas a las puramente contractuales para la prestación de los servicios sociales, entre ellas y sin carácter limitativo se mencionan las dos posibilidades indicadas. Por una parte, la financiación de esas actividades y, por otra, la habilitación a todos los terceros interesados (y debidamente autorizados por cumplir los requisitos establecidos con carácter general) en su realización.

Debe recordarse a este respecto, que las Directivas comunitarias no prejuzgan cuál es la naturaleza jurídica de la prestación ni quien realiza efectivamente el servicio, sino que lo determinante es la forma en que este se presta, se organiza y financia, pero, desde luego, su regulación alcanza también a los casos en los que estas actividades se configuran como auténticos servicios públicos. En consecuencia, y teniendo en cuenta la condición de servicios públicos en sentido estricto que corresponde a los servicios sociales incluidos en los Catálogos de los respectivos Sistemas Públicos de Servicios Sociales autonómicos, la mera financiación a la que alude la Directiva en su Considerando 114 solo podría referirse al fomento o subvención de actividades sociales de carácter privado por su interés público, esto es, esa posibilidad quedaría inserta en la actividad de fomento de la Administración.

En cambio, la segunda de las opciones (concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones fijadas por un poder adjudicador) que se menciona en las Directivas sería viable para la gestión de las prestaciones sociales integradas en los Sistemas Públicos de Servicios Sociales. Es esta última posibilidad, precisamente la que sienta las bases del concierto social a que nos referimos.

Para este caso, las Directivas delimitan, como se ha indicado, determinadas características y condiciones que deberían concurrir para su compatibilidad con el Derecho comunitario. En primer lugar, la garantía de una publicidad suficiente y la sujeción del sistema a los principios de transparencia y no discriminación y, en

la Directiva a "los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionadas por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado".

segundo lugar, además, la exigencia de que la opción de gestionar los servicios sociales (públicos) quede abierta a todos los operadores económicos interesados que cumplan las condiciones establecidas, sin límites ni cuotas de ningún tipo, previa obtención de las licencias o autorizaciones articuladas a tal efecto.

Este planteamiento se ha trasladado, prácticamente de manera literal, a la LCSP cuyo artículo 11.6 excluye del ámbito de aplicación de esta norma la "prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación".

Resulta, pues, esencial para descartar la aplicabilidad de la LCSP que las fórmulas que se establezcan sobre la base del artículo 11.6 citado se garantice la libre concurrencia de cualquier sujeto interesado en la prestación de los servicios sociales de que se trate. Ello excluiría un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos y, por consiguiente, al concepto mismo de contrato en sentido europeo, como es el de la elección de una oferta y, por tanto, de un adjudicatario. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversos pronunciamientos de los que, a su vez, se deriva que el hecho de que pueda exigirse el cumplimiento de unos determinados requisitos preestablecidos a los eventuales interesados no supone en sí mismo una selección, pues tales requisitos no se configuran como criterios de adjudicación sino como condiciones vinculadas a la apreciación de la aptitud de los interesados para ejecutar el servicio en cuestión[39].

En este marco, la propia LCSP, en su disposición adicional cuadragésima novena, remite a las Comunidades Autónomas la posibilidad de adoptar las normas que sean necesarias para articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

Tal previsión es completamente superflua y, entendemos, viene simplemente a evidenciar la conveniencia de desarrollar esta posibilidad de gestión indirecta de servicios sociales como modo adecuado (más adecuado) de realizar este tipo de actividades, dado que no corresponde a la LCSP habilitar a las Comunidades Autónomas para adoptar dicha normativa[40].

Por una parte, porque tal y como ya se ha evidenciado, las fórmulas no contractuales de gestión de servicios sociales quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP, por lo que, no tratándose de la celebración de contratos no opera la competencia básica estatal al respecto. Y, además, porque corresponde a las Comunidades Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia social de acuerdo con el artículo 148.1.20 CE[41].

En consecuencia, es una competencia propia de las Comunidades Autónomas ordenar los servicios sociales en su territorio y organizar su prestación en los términos y con arreglo a los mecanismos que estimen más adecuados.

(39) En este sentido, la STJUE de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14, Falk Pharma (ECLI:EU:C:2016:399), apartados 37 a 41, en relación con un procedimiento de participación convocado por la DAK (un seguro de enfermedad alemán) para la celebración de acuerdos de rebaja que tuviesen por objeto medicamentos cuyo principio activo fuese la mesalazina. En dicho procedimiento se preveía la participación de todas las empresas interesadas que cumpliesen los requisitos de admisión y la celebración con cada una de esas empresas de contratos idénticos, cuyas condiciones estaban preestablecidas y no eran negociables. En el mismo sentido la STJUE de 1 de marzo de 2018, asunto C-9/17, Tirkkonen (ECLI:EU:2018:142), apartados 33 a 37, cuyo objeto es una convocatoria de licitación publicada por la Agencia del espacio rural de Finlandia para la implementación de un programa de desarrollo en virtud de la cual se organizó un procedimiento de licitación con vistas a celebrar contratos de servicios de asesoramiento a favor de las explotaciones agrarias. A tal convocatoria podía concurrir cualquier asesor siempre que demostrara que estaba cualificado, recibía formación periódica y tenía experiencia como asesor en los ámbitos en los que pretendían asesorar. *Véase* sobre esta cuestión Domínguez, M. (2020). La acción concertada de los servicios a las personas en la ley de contratos del sector público y en la legislación autonómica: ¿instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social? En L. Tolivar & M. Cueto (dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública* (p. 52), Tirant lo Blanch.

(40) De igual manera lo entiende Serrano (2017, p. 131).

(41) Cabría aquí realizar un análisis teórico sobre la confluencia de los conceptos de asistencia social y servicios sociales, aunque en la práctica todas los Estatutos de Autonomía, bien por la vía del citado artículo 148.1.20 CE, bien por la vía del artículo 149.3 CE, recogen las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en los ámbitos de la asistencia social y de los servicios sociales. Habría que tener en cuenta, no obstante, las competencias que se reserva el Estado en relación con el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y con algunas otras cuestiones accesorias.

Actualmente todas las Comunidades Autónomas han aprobado Leyes dirigidas a establecer el régimen de sus respectivos Sistemas de Servicios Sociales y a establecer, en concreto, las posibilidades de prestación de los servicios de las redes públicas, de manera que a las formas tradicionales, gestión directa por la propia Administración con sus propios medios o a través de entidades dependientes de ella y gestión indirecta a través de los contratos regulados en la LCSP, se añaden ahora los conciertos sociales(42) y, en algunas casos también, los convenios con entidades de iniciativa social.

El grado de regulación en las distintas normas es diverso, muy genérico en algunos casos, remitiendo a normas reglamentarias el futuro desarrollo de esta fórmula; mientras que, en otros, se ha podido desarrollar un marco normativo más preciso capaz de otorgar mayor seguridad jurídica a los diversos operadores(43).

Estas normas reguladoras del concierto social (o de la acción concertada como se prefiere denominar por algunas Comunidades Autónomas) lo definen, con carácter general, en base a sus notas caracterizadoras; es decir, como mecanismo de carácter organizativo dirigido a la prestación de servicios sociales de titularidad o responsabilidad pública que utiliza para ello a entidades cuya financiación, acceso y control sean públicos y dirigidos a la satisfacción de objetivos sociales.

En todos los casos, el recurso a esta fórmula se sostiene sobre principios de solidaridad, igualdad, participación de las personas usuarias y promoción de la iniciativa social, pero también de otros directamente vinculados a la prestación, tales como la correcta atención a las especificidades y necesidades de los usuarios, arraigo de estos en su entorno social, calidad asistencial o atención continuada e integral de la persona.

El concierto se formaliza a través de acuerdos suscritos por la Administración titular o responsable del servicio y por la entidad concertada en los que se recogerán con exactitud todas las condiciones que se hubieran establecido, en particular, el contenido objetivo, subjetivo y temporal de la acción concertada, los derechos y obligaciones de cada parte en cuanto a la ejecución de la prestación del servicio, su régimen económico, el número de unidades concertadas y el resto de determinaciones que contribuyan a delimitar el alcance del concierto.

4. La naturaleza del concierto social: fórmula organizativa para la gestión indirecta de servicios sociales públicos

De acuerdo con el marco jurídico descrito, europeo y español, no cabe duda de que el concierto social se configura como una fórmula de gestión indirecta de servicios sociales públicos. Se ha defendido por algún sector doctrinal su configuración como una técnica de fomento que responde, bien a la naturaleza de convenio, bien a la de acto administrativo necesitado de aceptación(44), si bien, en todo caso, dirigido a promover el desarrollo por los particulares interesados de actuaciones consideradas de interés público, pues se entiende que la entidad concertada actúa en paralelo a la Administración y no de manera subordinada a esta en el desarrollo de las actividades objeto de concierto y, además, que el destinatario de dicha actividad es la sociedad y no la Administración(45).

(42) Debe indicarse que incluso antes de que se aprobaran las Directivas comunitarias tres Comunidades Autónomas habían contemplado ya la posibilidad de celebrar conciertos de naturaleza no contractual para la gestión de sus servicios sociales. Es el caso del País Vasco, cuya Ley de Servicios Sociales, aprobada en el año 2008, incluyó un "régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas" (artículo 61.1) y en el mismo sentido, Castilla y León, en su Ley 16/2010, de Servicios Sociales. Algo después, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares reformó en el año 2013 su Ley de Servicios Sociales para incluir la regulación expresa del concierto social.

(43) Se incluye un Anexo con la regulación existente sobre el concierto social en las distintas Comunidades Autónomas. No se menciona la Comunidad de Madrid, cuya Ley vigente de Servicios Sociales (Ley 11/2003, de 27 de marzo) no contempla este mecanismo. Se prepara una nueva Ley en la que sí se incluirá, si bien, a día de la fecha no se ha publicado un Proyecto.

(44) En el primer caso puede verse el estudio ya clásico de Salas, J. (1968). El régimen de la acción concertada. *Revista de Administración Pública*, *56*, 435-482; en especial, 471, que configura esta técnica como un acuerdo de voluntades que determina la configuración de una relación de sujeción especial, todo ello en relación con los planes de desarrollo aprobados en España durante la década de los 60. En el mismo sentido, más recientemente, *véase* Manent Alonso & Tenhaeff Lackschewitz (2018, pp. 213-220). En el segundo puede mencionarse a Gallego, A. (1980). La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo. En *Homenaje a J. Galván Escutia* (pp. 191-260), Universidad de Valencia. A favor de su consideración como un modo de fomento administrativo *véase* Manent, L. (2017), La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración de la acción concertada en los servicios sociales. *Revista Valenciana d'Estudis Autonomics*, *62*, 294-295 y Gimeno Feliu (2018, p. 45).

(45) En este sentido *véase* Manent Alonso & Tenhaeff Lackschewitz (2018, p. 220).

A nuestro juicio, no obstante, ello no resulta ser correcto en atención al objeto y al alcance del concierto social. Desde luego ha sido y sigue siendo frecuente la concesión de subvenciones (medida de fomento por excelencia) en el ámbito de los servicios sociales para financiar proyectos o servicios, tanto en régimen de concurrencia competitiva como a través de convenios (subvenciones nominativas)(46), pero la consecuencia, habitualmente, no es la prestación de servicios sociales públicos sino de servicios sociales no incorporados al Sistema(47) y complementarios a este.

Ahora bien, la finalidad del concierto social es precisamente la realización de ciertas prestaciones propias de los Sistemas Públicos de Servicios Sociales, esto es, de servicios sociales públicos, de titularidad administrativa y que responden a la noción clásica de servicios públicos (y también al concepto comunitario de servicios de interés general en sus distintas acepciones, según lo explicado). No se pretende incentivar el desarrollo de actividades o iniciativas privadas en las que está presente un interés público, sino que el concierto aparece como una vía por la que se tratan de hacer efectivas actuaciones que vienen a satisfacer directamente necesidades de determinados ciudadanos que acceden al Sistema Público (prestaciones) y que se configuran como usuarios (*uti singuli*) del mismo.

Como ocurre en cualquier otro supuesto de gestión indirecta (contractual) la concurrencia de un tercero, de carácter privado, en la ecuación de la prestación de servicios de titularidad pública implica la aplicabilidad de normas de Derecho privado que, sin embargo, se circunscriben, normalmente, a los medios y recursos, materiales, personales y técnicos y su organización interna, pero sin alcanzar a la responsabilidad pública de la prestación que se traduce en un conjunto de reglas que informan el funcionamiento del servicio en sí mismo y en relación con el usuario, sustentadas siempre sobre un régimen de Derecho Público a respetar en todo caso por la entidad concertada. No cabe duda, así, de que cualquier servicio objeto de concertación debe ajustarse a los principios generales característicos de todos los servicios públicos, esto es, los principios de continuidad, igualdad, accesibilidad, asequibilidad o calidad, entre otros, además de, por supuesto, a las potestades de policía que corresponden a la Administración titular o responsable del servicio.

Las regulaciones autonómicas, no obstante, son dispares en cuanto a la calificación del concierto social como un mecanismo de gestión indirecta de servicios sociales públicos y prefieren encuadrar esta fórmula como una especie de tercera vía, junto a la gestión directa, por una parte, y la gestión indirecta de naturaleza contractual por otra(48). No parece adecuada tal diversificación, puesto que, de acuerdo con lo que señalamos, independiente de su carácter no contractual, supone la prestación por un tercero y con medios de este, de un servicio de titularidad o responsabilidad pública(49).

Debe advertirse, no obstante, que para el caso bastante excepcional de conciertos sociales celebrados con entidades públicas diferentes al sujeto concertante el vínculo resultante no determinaría un supuesto de gestión indirecta sino directa y articulada por las diversas vías admisibles de relación interadministrativa.

Por lo demás, y como se apunta, no se trata de un mecanismo contractual. Así se permite expresamente por las Directivas comunitarias, y en nuestro ordenamiento jurídico se ha concretado tanto desde la perspectiva de la contratación pública según hemos visto, como, sobre todo, desde la normativa de servicios sociales, en atención al tipo de actividad a la que se circunscriben estos conciertos, pero también a las condiciones sobre las que se sustentan,

(46) Como ejemplos recientes de tal régimen pueden mencionarse, por ejemplo, Real Decreto 681/2019, de 22 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para el sostenimiento económico y financiero de la estructura central de determinadas entidades del Tercer Sector de Acción Social o Real Decreto-ley 33/2020, de 3 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo a entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal.

(47) No, al menos, a un Sistema Público de Servicios Sociales, sino al Sistema de Servicios Sociales que integra el conjunto de prestaciones de este tipo, independientemente de quien sea su prestador y en qué régimen.

48) Está claro su encaje entre las formas de gestión indirecta, por ejemplo, en la Ley 16/2019 de Servicios Sociales de Canarias (artículo 59). Sin embargo, son mayoría, las normas que diferencian al concierto como forma de prestación de servicios sociales públicos respecto a la gestión directa y la indirecta. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Aragón (artículo 2 de la Ley 11/2016), de Asturias (artículo 44 de la Ley 1/2003), de las Islas Baleares (artículo 89 de la Ley 4/2009), de Extremadura (artículo 19 de la Ley 14/015), de la Región de Murcia (artículo 7 bis de la Ley 3/2003) del País Vasco (artículo 60 de su Ley de Servicios Sociales), de La Rioja (artículo 61 de la Ley 7/2009) o de la Comunidad Valenciana (artículo 34 de la Ley 3/2019).

(49) Debe advertirse, no obstante, que para el caso bastante excepcional de conciertos sociales celebrados con entidades públicas diferentes al sujeto concertante el vínculo resultante no determinaría un supuesto de gestión indirecta sino directa y articulada por las diversas vías admisibles de relación interadministrativa.

en particular, la posibilidad de que tales actividades o servicios, en sentido estricto y sin perjuicio de lo que se señalará más adelante, puedan ser desarrolladas por cualquier sujeto que reúna los requisitos exigidos y que cumpla con las exigencias formales establecidas, sin límites ni cuotas y, por tanto, sin procedimientos de selección y adjudicación(50).

Ahora bien, las dificultades que se presentan en muchos casos para garantizar todas las exigencias y condiciones que conlleva el régimen del concierto social explican que en alguna ocasión se susciten dudas sobre la auténtica naturaleza de la figura que se regula o se vaya más allá de lo permitido para que el concierto social pueda mantenerse fuera de los márgenes de la normativa de contratos, lo que, sin duda, podría generar problemas en la aplicación práctica de este mecanismo.

Es el caso de Andalucía, cuya Ley de Servicios Sociales contempla el concierto social en sus artículos 101 y siguientes, este primer precepto lo define, en la línea de otras regulaciones autonómicas similares, como el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades cuya financiación, acceso y control sean públicos. La Ley precisa posteriormente, en el apartado 3 de ese mismo precepto, que esta fórmula se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público. Pues bien, aun cuando en el momento de aprobación de esta Ley aún estaba vigente la normativa de contratos anterior y por la tanto el concierto como como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos ahora ya suprimido, no parece caber duda de que la pretensión del legislador andaluz no era únicamente la de diferenciar el concierto social del concierto como contrato, sino de excluir el concierto social de la propia regulación contractual. Tanto la sistemática que utiliza la Ley, dedicando un capítulo de su Título IV al concierto social y otro distinto a la participación de la iniciativa privada en el marco de la contratación del sector público, como el propio tratamiento que se hace del concierto social, alejado de las previsiones propias de la regulación de contratos, lo evidencian(51).

El desarrollo de estas previsiones legales se hizo a través de una norma reglamentaria, el Decreto 41/2018. Su artículo 1 configura, sin embargo, el concierto social como un contrato administrativo especial de los previstos en la LCSP. Una completa alteración de la naturaleza jurídica inicialmente atribuida a esta figura y que resulta de las dudas de la Administración andaluza, cuyos servicios jurídicos recomendaron ajustarse en las normas reguladoras del concierto social al régimen de la normativa de contratos al no apreciar ninguna nota distintiva entre los contornos jurídicos de esta nueva fórmula y las figuras contractuales susceptibles de ser aplicadas. Posteriormente, el Consejo Consultivo de Andalucía ratificó ese planteamiento y salvó la eventual contradicción con lo establecido en la Ley estableciendo que el carácter diferenciado que se otorga al concierto social aludiría a una "especificación de la categoría contractual genérica", derivada de la singularidad que presentan los servicios sociales(52).

Asimismo, pueden mencionarse las regulaciones de otras Comunidades Autónomas, especialmente de Aragón y del Principado de Asturias, aunque desde otra perspectiva distinta, pues en ambas Comunidades Autónomas se configura el concierto social (o la acción concertada como la denominan) como un instrumento no contractual. La duda que se plantea en relación con estas regulaciones es el procedimiento de selección de entidades que establecen para los casos en los que las limitaciones presupuestarias o el número y características de las prestaciones susceptibles de acción concertada lo hagan

(50) Recuérdese lo que establece a este respecto el artículo 11.6 LCSP y la jurisprudencia del TJUE analizada más arriba, en relación con la exigencia de concurrencia competitiva y selección de la mejor oferta para que pueda hablarse de contrato público en sentido estricto.

(51) De hecho, el artículo 17.4 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía establece que la "prestación del servicio de atención infantil temprana se podrá organizar a través de conciertos sociales, como modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público".

(52) Puede consultarse el expediente completo de tramitación del Decreto 41/2018 en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Expediente%20Decreto%20concierto%20social.pdf. Una crítica a este cambio puede verse en Nuñez, M. (2018). El concierto social para la prestación de los servicios sociales: Crónica de su reconducción a la legislación de contratos. *Revista Andaluza de Administración Pública*, *101,* 495-506. Posteriormente, el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía en desarrollo de lo establecido en la Ley 4/2017, sigue la misma tendencia de calificar el concierto social como un contrato administrativo especial. A este respecto *véase* Pizarro, R. (2020). El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, *14*, 88-103.

necesario, estableciéndose a tal fin una serie de criterios de selección[53]. Esto es, se regula un procedimiento para elegir las entidades con las que concertar sobre la base de los criterios de selección previstos en las respectivas normas.

Esta previsión se opondría a los presupuestos sobre los que se sustenta el concierto social como fórmula no contractual, toda vez que la exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP requeriría que cualquier entidad que cumpla los requisitos establecidos por el sujeto que concierta pudiera acceder al concierto. Así se pronunció también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias analizadas más arriba en las que, precisamente, se permite excluir la celebración de un contrato en los casos en los que no existe selección y, por tanto, adjudicación a un concreto licitador.

Es cierto que en buena parte de las normas autonómicas reguladoras del concierto social se hace referencia igualmente a la selección de las entidades y se establecen criterios con esa finalidad, si bien, pese a la confusión que ello puede conllevar, parece que tales previsiones aluden más bien a la selección a efectos de la asignación de las plazas o prestaciones objeto de concierto, esto es, a valorar el cumplimiento de los requisitos exigidos y a determinar el orden en el que se asignarán usuarios a las plazas concertadas, velando por la igualdad y la no discriminación entre las entidades concertadas, y no tanto a la selección de las entidades que pueden suscribirlo[54].

No parece que se trate, tampoco en estos últimos casos, de una redacción rigurosa y perfectamente acomodada a la esencia (y a la naturaleza) del concierto social, pero es fruto del modo, en que se ha implementado en nuestro país esta fórmula, más cercano al antiguo concierto (como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos) que a una posibilidad de gestión indirecta abierta a cualquier entidad acreditada y autorizada para la realización de las prestaciones a concertar.

En -en nuestra opinión- un sistema puro, el concierto social debería permitir que los usuarios de un determinado Sistema Público de Servicios Sociales pudieran acceder libremente a las prestaciones concertadas de entre todas las posibilidades articuladas por la Administración titular o responsable del servicio, que, no obstante, debe ser la que en todo caso determine y prescriba la necesidad a cubrir[55]. Alternativamente, podrían establecerse límites a esa decisión libre del usuario, en función de las características de la prestación de que se tratase. En el extremo

(53) Así se establece en el artículo 5 de la Ley aragonesa 11/2016 y en el artículo 8 de la Ley asturiana 3/2019. En ambos casos los criterios son sustancialmente análogos y se refieren a la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio, la experiencia que puedan acreditar, la valoración realizada por los usuarios respecto a sus servicios, las certificaciones de calidad obtenidas, la continuidad en la atención, el arraigo de las personas en el entorno de atención, las formación específica del equipo humano que prestará el servicio, establecimiento de mecanismos para la participación efectiva de los usuarios, etc.

(54) Puede advertirse claramente en los dos Decretos dictados en la Región de Murcia (el Decreto 10/2018 y el Decreto 62/2019). En ambos casos, se permite la presentación de solicitudes, en cualquier momento, por parte de los interesados en acceder a la concertación social, de manera que tras su verificación y de reunir los requisitos para ello, serán declaradas aptas para la concertación. Se prevén a tal fin diversos criterios para la asignación de cada concierto social. Un supuesto especial puede ser el de Galicia, cuyo Decreto 229/2020 establece dos procedimientos de concertación distintos, el de asignación de conciertos y la articulación de conciertos de adhesión. En el primer caso y de acuerdo con el artículo 9.2 de esta norma se trata de seleccionar a los prestadores de los servicios y el número de plazas, las prestaciones o programas que cada uno de ellos prestará durante el concierto social, de acuerdo con los criterios de selección y preferencia de la convocatoria. Será el procedimiento a emplear cuando sea preciso realizar una selección de las entidades concertantes en función de las limitaciones presupuestarias o del número y características de las prestaciones susceptibles de concierto social. En cambio, en los conciertos de adhesión las entidades que tengan la autorización o cumplan con el régimen de control al que estén sometidas o, en su caso, cuenten con la acreditación requerida y cumplan los requisitos de admisión, podrán adherirse al sistema durante toda la vigencia del concierto social.

(55) En este sistema puro en el que, una vez prescrita la prestación por la Administración, el usuario pudiera dirigirse a cualquier recurso del Sistema Público, podría entrar en juego el denominado cheque-servicio, con lo que se transformaría una prestación material en una prestación económica de carácter personal y finalista. En nuestro ordenamiento jurídico el cheque-servicio se asimila a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, aunque únicamente para aquellos supuestos en los que no pueda accederse a una prestación del Sistema Público de Servicios Sociales. En cambio, algunas Leyes de Servicios Sociales autonómicas lo contemplan con carácter general. La regulación sobre el concierto social dispone, normalmente, el abono contra factura por la Administración concertante a la entidad concertada a la vista de las prestaciones efectivamente realizas. Es el mecanismo que se ha implantado, por ejemplo, en las Islas Baleares (artículo 25 del Decreto 48/2017 de Baleares), en Galicia (artículo 39 del Decreto 220/2020) en la Región de Murcia (artículo 190 del Decreto 10/2018) y el que se prevé en el Proyecto de Decreto regulador de la concertación social en Castilla y León, *véase* en https://www.jcyl.es/junta/cp/P_DECRETO_REGIMEN_JURIDICO_DEL_CONCIERTO_SOCIAL_EN_CASTILLA_Y_LEON.pdf. No obstante, la mayoría de las Comunidades Autónomas no ha establecido el mecanismo de abono. A lo sumo se establece el modo de cálculo de las cantidades que deben pagarse a las entidades concertadas, remitiendo en muchas ocasiones a lo establecido en las bases de la convocatoria de concierto.

opuesto, sería la Administración la competente para asignar usuarios a las concretas plazas y servicios concertados, sin ninguna posibilidad de decisión a cargo del usuario.

Las normas autonómicas han implantado, en rigor, un sistema en el que se toma en consideración prevalentemente la posición de las entidades concertadas para la asignación de usuarios antes que la libertad de elección de estos, combinando a lo sumo, ambos intereses, en una posición más o menos intermedia En esta se tienen en cuenta los criterios de selección a los que nos venimos refiriendo(56).

Algunas Comunidades Autónomas, por último, han previsto procedimientos de adjudicación directa de los conciertos sociales, sin publicidad ni concurrencia. Es el caso de Cataluña que lo permite cuando concurran unas concretas circunstancias que recuerdan a algunas de las que justifican, en el marco de la contratación pública, el recurso a un procedimiento negociado. También se prevé así en Extremadura, cuya norma reguladora del concierto social permite la utilización de esta vía, entre otros casos, "en los mismos supuestos que los previstos por la normativa de contratación pública" y, en términos prácticamente análogos, en la Comunidad Foral de Navarra(57). Tal posibilidad viene a desvirtuar notablemente la esencia del concierto social y la exigencia de que se articule en base a una publicidad suficiente y de acuerdo a los principios de transparencia y no discriminación.

En cualquier caso y pese a las dudas y problemas jurídicos que se suscitan, técnicamente no puede dudarse de que nos encontramos ante una forma de colaboración público-privada que se traduce en la gestión indirecta de los servicios sociales públicos concertados, aunque no por la vía contractual tradicional. Probablemente será necesario introducir modificaciones en la regulación actual para ir acomodando el concierto social a su correcto objeto y perfilar adecuadamente sus contornos de manera que pueda ser un mecanismo eficaz y eficiente desde el punto de vista económico y social, permita satisfacer las necesidades para las que se ha establecido y resulte plenamente respetuoso con el resto del ordenamiento jurídico.

Por el momento los eventuales problemas que pueda implicar la implementación de esta figura en los términos en los que se configura por las Leyes autonómicas no ha generado mayor *litigiosidad*, salvo las quejas de entidades de carácter mercantil frente a la reserva absoluta a favor de las entidades sin ánimo de lucro que se realiza por algunas Leyes autonómicas, de acuerdo con lo que señalaremos a continuación. No es descartable que desde esa misma perspectiva mercantil se vaya más allá respecto a concretas disposiciones que resultan controvertidas en los términos que venimos señalando.

5. La reserva o preferencia de las entidades de iniciativa social en la celebración de los conciertos sociales: ventajas y problemas jurídicos

En el ámbito de los servicios sociales resulta característica, en términos generales, pero particularmente y por lo que aquí interesa, a efectos de encomendar a un sujeto del sector privado su gestión indirecta, una diferencia de partida, la que existe entre las entidades de iniciativa social y las de carácter mercantil. Son las primeras y, en concreto, las entidades sin ánimo de lucro, las que de forma mayoritaria van a actuar como entidades concertadas a través del mecanismo que se analiza, ahora bien, también se admite en algunas normas autonómicas que puedan concurrir a los conciertos sociales entidades públicas. En ambos casos se suscitan importantes dudas.

Por lo que se refiere a las entidades de iniciativa social no resulta fácil su identificación dada la diversidad de fórmulas jurídicas que

(56) Criterios tales como el arraigo de la persona en el entorno de atención, la implantación de las entidades concertadas en la localidad donde vaya a prestarse el servicio, responsabilidad social de la entidad concertada, lista de espera o demanda para acceso a los servicios, así como cualquier otro que permita valorar la capacidad y la idoneidad de las entidades prestadoras. La libertad de elección suele ser otro de los criterios que contemplan alguna de las normas autonómicas para su valoración conjunta con el resto de los mencionados, aunque en el caso de Galicia (artículo 3 del Decreto 229/2020) y de la Región de Murcia (artículo 8 del Decreto 10/2018) deberá atenderse, siempre que sea posible, prioritariamente a la libre elección de los usuarios. Otras normas no toman en consideración, en absoluto, ni siquiera como criterio a tener en cuenta, la posibilidad de elección del usuario. Es el caso, por ejemplo, de Aragón, de Extremadura, del País Vasco, de La Rioja, de la Comunidad Valenciana o de Castilla y León.

(57) Así *véase* el artículo 16 del Decreto 69/2020, que regula el concierto social en Cataluña. También en el artículo 8 de la Ley 13/2018 de Extremadura y en el artículo 5.1 de la Ley Foral 13/2017. En el caso de Asturias, la Ley 13/2019 prevé en su artículo 22 la posibilidad de celebrar acuerdos directos de acción concertada cuando concurran razones de urgencia, singularidad del servicio o carácter innovador del mismo. Esta Ley exige, no obstante, que se garantice, también en estos casos, los principios de publicidad y transparencia.

pueden revestir y su muy distinto alcance y objetivos, quedando incluidas en el concepto en todo caso las entidades del tercer sector de acción social y, solo cuando carezcan de ánimo de lucro, también las entidades de economía social, pues estas últimas, si bien no responden a la lógica de funcionamiento de las entidades mercantiles, realizan una actividad económica sujeta en términos generales a las reglas y principios del mercado y la competencia, lo que difuminaría la imprescindible ausencia de ánimo de lucro(58). Este es el planteamiento que ha acogido recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al definir a las entidades sin ánimo de lucro como "organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación"(59).

Pese a esa confusión terminológica que, en algunos casos, concurren(60) estas entidades de iniciativa social se están viendo reforzadas en las Leyes de Servicios Sociales de última generación, puesto que es frecuente que sean declaradas de interés general y, como consecuencia de ello, queden colocadas en una posición de preeminencia respecto al resto de entidades (con ánimo de lucro)(61). Incluso, desde la perspectiva estatal, se consideró pertinente otorgarles una especial consideración jurídica como entidades del tercer sector colaboradoras con las administraciones públicas, una nueva categoría dirigida a permitir el reconocimiento como colaboradoras en la ejecución de políticas públicas a un amplio elenco de organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana, sin ánimo de lucro y con fines de interés general, cualquiera que sea su forma jurídica(62).

Más aún, ese peso específico que se les otorga a las entidades de iniciativa social se ha traducido, en las Leyes de Servicios Sociales autonómicas, en previsiones de prioridad o prevalencia, cuando no de exclusividad, para integrarse en las redes de servicios sociales públicas y contribuir a la prestación de los servicios incluidos en ellas

(58) Las entidades del tercer sector de acción social, tal y como se delimitan por la Ley 43/2015 (artículo 2), son organizaciones de carácter privado que surgen de la iniciativa ciudadana o social y que responden a criterios de solidaridad y de participación social, que persiguen fines de interés general y que carecen de ánimo de lucro. Su objetivo es impulsar el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social. En su mayoría adoptan la forma de asociaciones y también, aunque en menor medida, de fundaciones. Por su parte, las entidades de economía social, en los términos de la Ley 5/2011 (artículos 4 y 5), son organizaciones en las que se otorga primacía a las personas y al fin social sobre el capital, y cuya gestión debe ser autónoma y transparente, democrática y participativa y, en todo caso, independiente de los poderes públicos. Al igual que las anteriores promueven valores de solidaridad, igualdad y cohesión social, si bien una de sus notas distintivas respecto a las entidades del tercer sector de acción social es la de que los resultados obtenidos como consecuencia de su actividad económica son aplicados en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad. Es habitual que adopten la forma de cooperativas y sociedades laborales, así como de empresas de inserción y centros especiales de empleo. En menor medida de fundaciones y asociaciones que lleven a cabo actividad económica. En consecuencia, si bien las entidades de economía social encajarían en el concepto de entidades de iniciativa social, no todas se configuran como entidades sin ánimo de lucro. *Véase* sobre esta distinción en la que no podemos detenernos, entre otros, Pérez, M. (2015). El Tercer Sector: economía social y entidades no lucrativas. En C. Torres (edit.). *España 2015. Situación social* (pp. 888-900). CIS; y Argudo, J. (2002). El Tercer Sector y Economía Social Marco teórico y situación actual. *Acciones e Investigaciones Sociales*, *15*, 239-263.

(59) *Véase* la STJUE de 21 de marzo de 2019, asunto C-465/17, Falk Rettungsdienste (ECLI:EU:C:2019:234), que además diferencia estas entidades de aquellas organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe directamente en la dirección, idea que responde, más bien a la noción de economía social, según se ha indicado.

(60) De manera puramente ejemplificativa puede apreciarse como la Ley 9/2016 de Servicios Sociales de Andalucía identifica a las entidades de iniciativa social con entidades sin ánimo de lucro, incluyendo expresamente a "las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro" (artículo 3.7). Posteriormente, la misma Ley, cuando se refiere a la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales alude, al referirse a la gestión tanto a través de conciertos como de contratos, a "las entidades de la iniciativa social, de economía social, cooperativas y pequeñas y medianas empresas" (artículo 100.4). En el caso de la Región de Murcia, su Ley de Servicios Sociales configura las entidades de iniciativa social a partir de la ausencia de ánimo de lucro, sin embargo, al regular lo criterios para la asignación de conciertos sociales en el ámbito de la protección de menores (Decreto 62/2019), se valora que las entidades concertadas sean entidades de economía social [artículo 8.1.e)].

(61) Algunas normas autonómicas (por ejemplo, de Andalucía, Asturias, Cataluña o Galicia) contemplan la posibilidad de declarar a las entidades de iniciativa social como entidades de interés general o social, lo que se traduce habitualmente en la preferencia en la concesión de subvenciones y ayudas relativas a servicios sociales, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá respecto a la participación en conciertos sociales.

(62) En este sentido, la Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2013, de 28 de junio. El artículo 4 de esta norma recoge las características que deben reunir este tipo de sujetos para alcanzar la categoría de "entidades del tercer sector colaboradoras con la Administración Pública".

por alguna de las fórmulas habilitadas al efecto, en detrimento de la iniciativa privada de carácter mercantil. Es absolutamente evidente en el caso de los conciertos sociales(63).

Este planteamiento, que resulta lógico en atención a la finalidad de las prestaciones y de las características que revisten los beneficiarios o usuarios de los servicios sociales así como del paralelo rechazo que supone la búsqueda de lucro económico en la vulnerabilidad de los más desfavorecidos, podría resultar incompatible con los principios de igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia que informan nuestro ordenamiento jurídico y que tienen su presupuesto básico en los artículos 49 y 56 TFUE. No obstante, desde el ámbito comunitario el propio Tribunal de Justicia admitió tempranamente la posibilidad de dar preferencia o reservar la prestación de servicios de interés general a entidades de iniciativa social, si bien de manera condicionada(64). Por una parte, dicha posibilidad se ha concretado en una actividad asistencial dirigida a quienes se encuentran en una situación de necesidad y cuya prestación se sostiene sobre los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia económica y eficacia y equilibrio presupuestario, constitutivos todos ellos de razones imperiosas de interés general que excluyen las reglas de competencia y libre prestación de servicios.

Por otra parte, las entidades de carácter social (principalmente, a las que se alude en las Sentencias, entidades de voluntariado) a las que se prioriza o reserva la prestación de los servicios de que se trata, deben insertarse necesariamente en esa finalidad social aludida, sin posibilidad de obtener beneficios como consecuencia de la realización de tales actividades (ni proporcionar ningún beneficio a sus miembros), aunque sí resulta posible que se les reembolsen los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas. Deben ser, pues, entidades sin ánimo de lucro en sentido estricto(65). Pero, además, la actividad que despliegan en estos ámbitos (mediante los conciertos o, en su caso, contratos con la Administración) debe tener un carácter marginal en el conjunto de los fines y cometidos que cumplen según su propia naturaleza.

Por último, las actividades concretas realizadas por estas entidades deben desarrollarse por trabajadores solo dentro de los límites necesarios para su normal desenvolvimiento, debiendo ajustarse necesariamente en su funcionamiento a las normas internas reguladoras de este tipo de organizaciones. Esto conlleva, por tanto, una importante actividad de voluntariado.

En definitiva, es posible excluir a determinados operadores económicos (entidades con ánimo de lucro) de la realización de prestaciones de carácter social, solo y exclusivamente cuando concurran todas las condiciones identificadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ahora bien, no existe ninguna previsión normativa comunitaria que establezca esa exclusión, por lo que la privación de participación de las entidades mercantiles en los conciertos sociales no tiene un carácter general y, mucho menos, al margen de los estrictos requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia comunitaria.

En todo caso, y como deriva de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario un marco jurídico que delimite todas las circunstancias objetivas que excluyen las reglas de competencia y libre prestación de servicios y que justifique la consecución de los objetivos de solidaridad propios de los fines sociales que tratan de satisfacerse, así como la plena eficiencia presupuestaria que permita el equilibrio económico del sistema(66). Ese cometido

(63) Tal planteamiento se recoge igualmente en la Ley 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social que insta al Gobierno a promover mecanismos de colaboración con estas entidades, prestando especial atención al uso de los conciertos y convenios.

(64) En una primera sentencia de 17 de junio de 1997 (asunto Sodemare) a la que ya se ha aludido más arriba, se resolvió sobre la compatibilidad con el entonces TCE y las reglas sobre competencia en él recogidas de diversas disposiciones aprobadas en la región de Lombardía (Italia) que restringían a operadores privados sin ánimo de lucro la posibilidad de suscribir conciertos para la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario encuadrados dentro del Sistema de Seguridad Social y remunerados por las autoridades públicas en cuanto a los costes que generan. En una segunda Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto, C-113/13, Azienda sanitaria locale n.5 «Spezzino» (ECLI:EU:C:2014:2440), se planteó dicha compatibilidad respecto del transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia y con la encomienda que se hace de estas prestaciones por las normas de la región italiana de Liguria a organizaciones de voluntariado y a la Cruz Roja italiana. Más recientemente la Sentencia de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, Consorcio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) (ECLI:EU:C:2016:56), se pronunció sobre la adjudicación, sin licitación, por parte de la Agencia sanitaria local de tres localidades del Piamonte italiano, del servicio de transporte de personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, a la Associazione Croce Bianca del Canaveses y a otras asociaciones de voluntariado.

(65) En este sentido *véase* el apartado 60 de la STJUE de 21 de marzo de 2019, ya citada.

(66) *Véase* sobre los límites a la prioridad de las entidades de iniciativa social en este ámbito, Villar, F. (2005, p. 406), Vaquer Caballería, M. (2002, pp. 237-238) y Bernal, M. A. (2006). La incidencia de la contratación pública en la gestión de los servicios sociales. *Revista*

corresponde en nuestro caso, en los términos que se vienen señalando, a las normas de las Comunidades Autónomas en materia social y asistencial. En este sentido son mayoritarias las regulaciones que contemplan la prioridad para la concertación a favor de las entidades de iniciativa social, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social respecto a otros eventuales interesados (con ánimo de lucro) [(67)]. No obstante, en algunas Comunidades Autónomas el concierto se circunscribe únicamente a este tipo de entidades, con exclusión de cualquier otro sujeto[(68)].

Solo en un caso se establece un régimen mixto, disponiéndose la exclusividad a favor de las entidades del tercer sector social salvo cuando los conciertos afecten a servicios sociales declarados de interés económico general, en cuyo caso, podrán concurrir a ellos también entidades con ánimo de lucro, aunque en esos supuestos se reconoce la prioridad de las entidades del tercer sector ante similares condiciones de eficacia, calidad y costes, así como de eficacia presupuestaria[(69)].

En ninguno de estos supuestos, sin embargo, se presta especial atención a los motivos que permiten la preferencia o reserva, que se circunscribe al hecho de que la prestación concertada se realice por entidades sin ánimo de lucro[(70)]. Esto es, se atiende a la pura naturaleza subjetiva de las entidades concertadas, sin prestar

---

Aragonesa de Administración Pública, *29*, 223-224; y Álvarez, M. (2015). La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho Administrativo*, *172*, 357. Más recientemente, en relación con el concierto social y desde la perspectiva de la Ley de garantía de la unidad de mercado Garrido, A. (2017). Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic, 55*, 84-100. También, *véase* Gimeno Feliu, J. (2016). Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias. En *Observatorio de Contratación Pública,* http://www.obcp.es/opiniones/un-paso-firme-en-la-construccion-de-una-contratacion-publica-socialmente-responsable analiza la aplicación de la jurisprudencia comunitaria. En relación con las prestaciones públicas sanitarias, pone en duda la posibilidad de concluir conciertos sociales Villar, F. (2020). Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España. En A. Agulló (dir.), *Financiación de la Sanidad. Tributación, Gestión, Control del Gasto y Reparto Constitucional del Poder Financiero* (pp. 226-227), Tirant lo Blanch, precisamente porque estas prestaciones no están ordenadas sobre la base de los principios de solidaridad y eficacia presupuestaria, a diferencia de los que ocurre con el sistema público de seguridad social.

(67) Es el caso de Andalucía (artículo 101.1 de la Ley 9/2016), de Cataluña (disposición adicional tercera, apartado 4 del Decreto-Ley 3/2016), del País Vasco (artículo 65.1 Ley 12/2018) y de La Rioja (artículo 61.3 de la Ley 7/2009). En el caso de la Región de Murcia la prioridad es doble. Por una parte, se otorga prioridad para la suscripción de conciertos sociales a las entidades privadas con o sin ánimo de lucro que sean declaradas de interés asistencial de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 3/2003 de Servicios Sociales (artículo 7 bis de esta Ley). Por otra parte, también serán prioritarias para la concertación las entidades sin ánimo de lucro que atiendan a personas de condición socioeconómica desfavorable, y ello cuando concurran análogas condiciones de eficacia, calidad y costes (artículo 25.3 de la Ley 3/2003). Es el caso también de Castilla-La Macha (artículo 42 de su Ley 14/2010), si bien en esta Comunidad Autónoma, la prioridad a favor de las entidades de iniciativa social se formula genéricamente, tanto para los supuestos de concierto, como de convenio o contrato, y sin supeditar dicha prioridad a la existencia de una igualdad de condiciones con la iniciativa privada de naturaleza mercantil. De hecho, el proyecto de Reglamento que se prepara para desarrollar el régimen del concierto social en Castilla-La Mancha, incluye dentro de las entidades concertadas, tanto a las de iniciativa social como a las de carácter mercantil. *Véase* en https://www.castillalamancha.es/gobierno/bienestarsocial/actuaciones/proyecto-de-decreto-por-el-que-se-regula-el-concierto-social-para-la-gesti%C3%B3n-de-servicios-sociales y. Por su parte, la Ley 13/2008 de Servicios Sociales de Galicia no establece ninguna limitación o condicionamiento para la celebración de conciertos sociales, sin embargo, el Reglamento de desarrollo de la Ley aprobado por el Decreto 229/2020, sí otorga prioridad a las entidades de iniciativa social cuando existan análogas condiciones de efectividad, calidad y rentabilidad social y aclara, no obstante, que "siempre que, en todo caso, se garantice la libre concurrencia y se respeten los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia" (artículo 13).

(68) Así ocurre en Aragón, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.c) de la Ley 11/2016 que modificó lo previsto inicialmente en su Ley 5/2019, de Servicios Sociales, que preveía únicamente la prioridad de este tipo de entidades. Exactamente en el mismo sentido se recoge ahora en el artículo 44.1.c) de la Ley 1/2003 de Servicios Sociales de Asturias, de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2019, que determinó el cambio desde la prioridad inicial a la exclusividad actual a favor de las entidades de iniciativa social. También se reserva la posibilidad de celebrar conciertos a las entidades sin ánimo de lucro en Extremadura, según lo establecido en el artículo 5.1.a) de la Ley extremeña 1/2018, en Navarra en atención a lo dispuesto en el artículo 1.1 de su Ley Foral 13/2017 y en la Comunidad Valenciana, de acuerdo con el artículo 87.1 de su Ley 3/2019. Así se establece también en el caso de Canarias (artículo 65.1 de la Ley 16/2019), pese a que esta misma Ley, con carácter general, para la gestión indirecta de los servicios sociales dispone la preferencia de las entidades de iniciativa social cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social.

(69) *Véase* los artículos 2.1, 5.2 y 6.4 de la Ley 12/2018 de las Islas Baleares.

(70) *Véase* Díez Sastre, S. (2020). La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios. En Agulló, A. (dir.), *Financiación de la Sanidad. Tributación, Gestión, Control del Gasto y Reparto Constitucional del Poder Financiero* (pp. 236-237),

demasiada atención, en la mayoría de los casos, al resto de condicionamientos y límites requeridos para que este modo de actuación sea compatible con el Derecho comunitario, en especial, la verificación del carácter plenamente solidario de estas entidades, la retribución que obtienen o la eficacia presupuestaria que implica el recurso a estas entidades(71).

Además, y sin perjuicio de cuanto se ha dicho, será esencial a la hora de concretar la conformidad a Derecho de las preferencias y reservas articuladas a favor de las entidades de iniciativa social, la determinación de la actividad de que se trate, pues de servicios sociales económicos, será difícil justificar la exclusión de la iniciativa privada de carácter mercantil(72).

En efecto, al margen de los servicios sociales no económicos, un buen número de prestaciones sociales tienen el carácter de actividades económicas que, por lo tanto, deben quedar sujetas a los principios generales de competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad y ya no tanto desde la perspectiva de la contratación pública sino, primordialmente, desde las propia de las reglas del mercado interior. Como hemos visto ya, en este último caso el hecho de que la actividad se califique de social o que sea realizada por un sujeto sin ánimo de lucro no es en sí mismo suficiente para eludir la calificación de actividad económica, sujetándose por lo tanto a los principios y normas comunitarias correspondientes. Por lo tanto, en esos supuestos la restricción del concierto social únicamente a las entidades de iniciativa social sería difícilmente conciliable con el Derecho comunitario (73).

No obstante, nuevamente, esta circunstancia no se ha apreciado de manera correcta por todas las Comunidades Autónomas, pues muchas de ellas no contemplan tal precisión a la hora de establecer el catálogo de servicios susceptibles de ser prestados mediante concierto social.

En definitiva, la absoluta exclusión de entidades de carácter mercantil en la realización de determinadas prestaciones

---

Tirant lo Blanch, considera que este principio de solidaridad "no parece tratarse de una cláusula general que permita dar prioridad de forma general a entes sin ánimo de lucro. Tampoco se trata de la solidaridad que está intrínsecamente asociada al concepto de servicio público. Debe existir un claro arraigo del sistema de prestación de servicios en el principio de solidaridad". Respecto a la eficacia, *véase* Gimeno Feliu, J. (2016). Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. *Presupuesto y Gasto Público*, *82*(139), considera que la eficacia en estos casos debe quedar justificada no solo desde presupuestos exclusivamente economicistas, sino que tiene que valorarse la conexión entre este principio y el de consecución de los fines y objetivos, en este caso, sociales, perseguidos.

(71) *Véase* la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 560/2018 de 12 junio, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Rec. núm. 236/2017. ECLI:ES:TSJCV:2018:2468). Esta Sentencia, si bien se pronuncia sobre la acción concertada en el ámbito sanitario y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Unión Temporal de Empresas frente a la Orden 3/2017, de 1 de marzo de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, que regula la acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, no obstante, establece importantes precisiones sobre esta cuestión. Se impugnaba por la actora su exclusión de la acción concertada y la falta de justificación por la Administración conforme a lo establecido en el TJUE de esa exclusión. En la resolución judicial se entiende que, efectivamente, la Orden no contiene ninguna mención justificativa del cumplimiento de las exigencias establecidas por la jurisprudencia de la Unión y que debería preverse, en el curso del procedimiento de concertación la verificación de tales requisitos y límites. No obstante, entiende que ello no determina necesariamente la nulidad de la Orden, pues sí se mencionan en su articulado los principios de solidaridad y eficiencia presupuestaria por lo que, se concluye, deberían ser los concretos acuerdos de acción concertada los que de manera ineludible justificasen y demostrasen todas las circunstancias que hacen posible la exclusión de la concurrencia de entidades mercantiles. *Véase* también la STSJ de la Comunidad de Aragón núm. 269/2020, de 17 de junio de 2020 (Sala de lo contencioso-Administrativo. Sección 1ª. Recurso núm. 43/2018. ECLI:ES:TSJAR:2020:598), que sí anula la Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regulaba la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón, impugnada por una Asociación de empresas de asistencia a domicilio, por carecer de una memoria económica suficiente, considerando insuficiente la justificación de la Administración que señaló que al ser realizadas las prestaciones por entidades sin ánimo de lucro solo se retribuían los costes variables y fijos de la prestación o el servicio, excluyendo el beneficio industrial, por lo que la aplicación del Reglamento en todo caso supondría una aplicación más eficiente de los recursos públicos. No obstante, como afirma la Sentencia, ello no resulta ser cierto en absoluto pues como se evidencia, las tarifas por servicio abonadas a las entidades sin ánimo de lucro son las mismas que las previstas para la contratación pública.

(72) Como se ha indicado ya, ese es el planteamiento de la Ley 12/2018 de las Islas Baleares, en la que se establece (artículo 5.2) la necesidad de que se identifiquen los servicios de interés económico general entre los que pueden ser objeto de acción concertada, señalando respecto a ellos que "podrán suscribir conciertos todas las personas físicas o jurídicas de carácter privado, con o sin ánimo de lucro, sea cual sea la forma jurídica que adopten".

(73) *Véase* Gimeno, J. (2018, pp. 32-34), donde insiste en la necesidad de tener en cuenta el principio de prohibición de abuso de Derecho para impedir prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros, señalando que "una regla de 'preferencia' no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la adecuada prestación del servicio público".

del Sistema Público de Servicios Sociales, por la vía del concierto social, presenta notables dudas hasta el punto de que recientemente se ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dirigida a verificar la compatibilidad con las normas y principios comunitarios de la regulación implantada en la Comunidad Valenciana, y donde se cuestiona principalmente si resulta legítimo excluir a las entidades sin ánimo de lucro para la prestación de toda clase de servicios sociales, cualquiera que sea su valor estimado y a cambio del mero reembolso de los costes, a través de un mecanismo no contractual como es el concierto social [(74)].

Para terminar, y como se indicó más arriba, el concierto social puede concluirse en algún caso también con entidades públicas [(75)]. En estos casos, las normas autonómicas que así lo prevén no concretan si debe tratarse de entidades públicas sin ánimo de lucro aunque parece lógico que así sea, pues de lo contrario se habilitaría la participación de entidades mercantiles públicas, pero no privadas, con clara discriminación de estas últimas.

En estos casos, por lo demás, se plantea una duda jurídica que va más allá de la propia naturaleza y régimen jurídico del concierto en sentido estricto, toda vez que con su celebración se entabla un vínculo jurídico entre dos entidades públicas, la Administración concertante por una parte y la entidad pública concertada por otra, que debe remitirse al ámbito de las relaciones interadministrativas y, por lo tanto, a su regulación. En consecuencia, deberán integrarse el tratamiento de estos conciertos sociales tanto desde la perspectiva organizativa (y, por tanto, teniendo en cuenta la regulación estatal básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas) como desde la material, representada por la normativa sectorial autonómica[(76)].

En definitiva, aún quedan pendiente una delimitación más precisa de todo el sistema que sustenta los conciertos sociales que, sin duda, irá produciéndose en sucesivas reformas normativas que, en muchos casos, tendrán como base la jurisprudencia de nuestros tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Referencias bibliográficas

Aguado i Cudolà, V. (2012). El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales. En A. Ezquerra (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (pp. 47-86). Atelier.

Alemán, C. & Alonso, J. (2011). Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales. *Revista General de Derecho Administrativo, 27*.

Alonso, J. & Alemán, C. (2020). *El sistema de servicios sociales. Nuevas tendencias en España*. Tirant lo Blanch.

Alonso, J. & Gonzalo, B. (2000). *La asistencia social y los servicios sociales en España* (2.ª ed.), Boletín Oficial del Estado.

Álvarez, M. (2004). *El abastecimiento de agua en España*. Thomson-Civitas.

Álvarez M. (2015). La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho Administrativo*, *172*, 317-362.

Beltrán, J. (1992). *El régimen jurídico de la acción social pública*. Instituto Vasco de Administración Pública.

Bernal, M. (2006). La incidencia de la contratación pública en la gestión de los servicios sociales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, *29*, 205-236.

Bernal, M. (2018). La contratación de los servicios a las personas. En E. Gamero & I. Gallego, *Tratado de Contratos del Sector Público* (pp. 2792-2824). Tirant lo Blanch.

Chinchilla, M. (1991). El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión. (coord.), *Estudios sobre la Constitución*

(74) La cuestión prejudicial se acuerda en virtud del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de julio de 2020 (ECLI:ES:TSJCV:2020:74A) y se suscita en el marco del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Estatal de Entidades de Asistencia a Domicilio frente a determinados preceptos del Decreto 181/2017, de 17 de noviembre de 2017, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana por unidades de iniciativa social. Puede consultarse en el DOUE núm. C 423/28, de 7 de diciembre de 2020.

(75) Lo prevén, por ejemplo, la Ley aragonesa 11/2016 y también se contempla en el borrador que se prepara en Castilla-La Mancha en desarrollo de lo previsto en su Ley 14/2010.

(76) *Véase* a este respecto las reflexiones de Díez Sastre, S. (2020, pp. 244-245), que se plantea también la relación que se entablaría en estos casos entre la entidad concertante y la concertada de considerar la naturaleza contractual de los conciertos sociales.

Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (pp. 943-972). Civitas.

De la Cuétara, J. (1993). *La actividad de la Administración*. Tecnos.

De Palma del Teso, A. (2009). Los servicios sociales en Cataluña como marco de atención a las situaciones de dependencia. En Aguado i Cudolà, V. (Coord.), *Servicios Sociales, dependencia y derechos de la ciudadanía*. Atelier.

Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. Cataluña. *Boletín Oficial de Estado, 188,* de 5 de agosto de 2016. https://www.boe.es/buscar/pdf/2016/BOE-A-2016-7564-consolidado.pdf

Decreto 48/2017, de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que han de someterse los conciertos sociales. Islas Baleares. *Boletín Oficial de Estado, 294,* de 06 de diciembre de 2018. https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16678-consolidado.pdf

Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, de desarrollo de la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social. Comunidad Valenciana. *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana,* 8197, de 23 de noviembre de 2017, 48245-48266. http://dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017_11941.pdf

Decreto 10/2018, de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad. Murcia. *Boletín Oficial de la Región de Murcia, 49,* de 28 de febrero de 2018, 5023-5040. https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=142588&IDTIPO=60&RASTRO=c891$m5806,5808,58

Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales. Andalucía. *Boletín Nacional de la Junta de Andalucía,* 39, de 23 de febrero de 2019. https://www.juntadeandalucia.es/boja/2018/39/4

Decreto 62/2019, de 3 de mayo, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia, en materia de protección y reforma del menor. Murcia. *Boletín Oficial de la Región de Murcia, 105,* de 9 de febrero de 2019. http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=155458&IDTIPO=60&RASTRO=c891$m5806,5808,6066

Decreto 69/2020, de 14 de julio, de acreditación, concierto social y gestión delegada en la Red de Servicios Sociales de Atención Pública. Cataluña. *DOGC,* 8178, de 16 de julio de 2020.

Decreto 229/2020, de 17 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de conciertos sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. Galicia. *DOG, 3,* de 7 de enero de 2021.

Díez-Picazo, L. (2009). Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario. En Muñoz Machado, S. & Esteve Parado, J., (dir.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (p. 409). Iustel.

Díez Sastre, S. (2020). La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios. En A. Agulló (dir.), *Financiación de la Sanidad. Tributación, Gestión, Control del Gasto y Reparto Constitucional del Poder Financiero* (pp. 231-261). Tirant lo Blanch.

Domínguez, M. (2019). Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, *Revista General de Derecho Administrativo*, *50*.

Domínguez, M. (2020). La acción concertada de los servicios a las personas en la ley de contratos del sector público y en la legislación autonómica: ¿instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social?. En L. Tolivar & M. Cueto (dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública* (pp. 47-76). Tirant lo Blanch.

Gallego, A. (1980). La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo. En *Homenaje a J. Galván Escutia* (pp. 191-260). Universidad de Valencia.

Garrido, A. (2017). Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, *55*, 84-100. http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007.

Garrido, A. (2020). *Los servicios sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Aranzadi.

Gimeno, J. (2016). Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. *Presupuesto y Gasto Público*, *82*, 137-158.

Gimeno, J. (2018). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, *52*, 12-65.

Gómez-Ferrer, R. (1973). El régimen general de los Centros privados de enseñanza. *Revista de Administración Pública*, *70*, 7-27.

Hernández, F. (2018). La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios. En Gimeno, J. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 477-515). Thomson Reuters Aranzadi.

Huergo. A. (2018). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En M. Vaquer, A. Moreno & A. Descalzo (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 1791-1832). Tirant lo Blanch.

Laguna de Paz, J. (2007). *Servicios de interés económico general*. Civitas-Thomson-Reuter.

Laguna de Paz, J. (2016). Los servicios de interés general en la Unión Europea. *Derecho PUCP*, *76*, 19-50. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.001.

Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales. Asturias. *Boletín Oficial de Estado,86,* de abril de 2003. https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-7404-consolidado.pdf

Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales. Murcia. *Boletín Oficial de Estado, 35*, de 10 de febrero de 2004, 5792-5803. ttps://www.boe.es/boe/dias/2004/02/10/pdfs/A05792-05803.pdf

Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales. Cantabria. *Boletín Oficial de Estado, 94,* de 19 de abril de 2007. https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-8186-consolidado.pdf

Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales. Galicia. *Boletín Oficial de Estado, 15,* de 17 de enero de 2009, 5513-5553. https://www.boe.es/boe/dias/2009/01/17/pdfs/BOE-A-2009-807.pdf

Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales. País Vasco. *Boletín Oficial de Estado*, *242*, de 7 de octubre de 2011, 105335-105396. https://www.boe.es/boe/dias/2011/10/07/pdfs/BOE-A-2011-15726.pdf

Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales. Islas Baleares. *Boletín Oficial de Estado*, *163*, de 7 de julio de 2009, 56578-56640. https://www.boe.es/boe/dias/2009/07/07/pdfs/BOE-A-2009-11186.pdf

Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales. Aragón. *Boletín Oficial de Estado, 201*, de 20 de agosto de 2009, 71537-71584. https://www.boe.es/boe/dias/2009/08/20/pdfs/BOE-A-2009-13689.pdf

Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales. La Rioja. *Boletín Oficial de Estado, 14,* de 16 de enero de 2010, 3808-3852. https://www.boe.es/boe/dias/2010/01/16/pdfs/BOE-A-2010-658.pdf

Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales. Castilla - La Macha. *Boletín Oficial de Estado, 38,* de 14 de febrero de 2011, 15496-15540. https://www.boe.es/boe/dias/2011/02/14/pdfs/BOE-A-2011-2752.pdf

Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales. Castila y León. *Boletín Oficial de Estado, 7,* de 8 de enero de 2011, 1756-1803. https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/08/pdfs/BOE-A-2011-402.pdf

Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales. Extremadura. *Boletín Oficial de Estado, 108,* de 6 de mayo de 2015, 39626-39664. https://www.boe.es/boe/dias/2015/05/06/pdfs/BOE-A-2015-5017.pdf

Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Aragón. *Boletín Oficial de Estado, 14,* de 17 de enero de 2017. https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-491-consolidado.pdf

Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales. Andalucía. *Boletín Oficial de Estado,* 18, de 21 de enero de 2017, 5415-5487. https://www.boe.es/boe/dias/2017/01/21/pdfs/BOE-A-2017-657.pdf

Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Islas Baleares. *Boletín Oficial de Estado, 294,* de 6 de diciembre de 2018. https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16678-consolidado.pdf

Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario de Extremadura. Extremadura. *Boletín Oficial de Estado, 35,* de 9 de febrero de 2019, 12603-12618. https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/09/pdfs/BOE-A-2019-1792.pdf

Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos. Comunidad Valenciana. *Boletín Oficial de Estado, 61,* de 12 de marzo de 2019, 23249-23349. https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/12/pdfs/BOE-A-2019-3489.pdf

Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social. Asturias. *Boletín Oficial de Estado,* 108, de 6 de mayo de 2019, 48023-48039. https://www.boe.es/boe/dias/2019/05/06/pdfs/BOE-A-2019-6662.pdf

Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales. Canarias. *Boletín Oficial de Estado,* 141, de 13 de junio de 2019, 61699-61773. https://www.boe.es/boe/dias/2019/06/13/pdfs/BOE-A-2019-8794.pdf

Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales. Navarra. *Boletín Oficial de Estado, 310,* de 22 de diciembre de 2017. https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-15290-consolidado.pdf

Malaret, E. (2002). Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de Bienestar. En J. Tornos (coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña* (pp. 265-332). Tirant lo Blanch.

Malaret, E. (2003). Servicio público, actividad económica y competencia. - ¿Presenta especificidades la esfera local?. *Revista de Estudios de la Administración Local*. 291, 567-608. https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9190

Manent, L. (2017). La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración de la acción concertada en los servicios sociales. *Revista Valenciana d'Estudis Autonomics*, 62.

Manent, I. & Tenhaeff, S. (2018). Tipología de contratos (iii): los contratos para la gestión de servicios públicos. En J. Mestre (dir.), *Ley de Contratos del Sector Público: Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos* (pp. 185-220). Tirant lo Blanch.

Martín, R. (1967). *Guía de actividades públicas asistenciales. La asistencia social como servicio público.* Ministerio de la Gobernación.

Míguez, L. (2012). La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 33-62.

Moreno, M. (2002). *Régimen jurídico de la asistencia social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Muñoz, S. (1998). *Servicio público y mercado*. Civitas.

Nuñez, M. (2018). El concierto social para la prestación de los servicios sociales: Crónica de su

reconducción a la legislación de contratos. *Revista Andaluza de Administración Pública*, *101*. 495-506. https://doi.org/10.46735/raap.n101.725

Palomar, A. (2008). El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Competencias. En A. Sempere & P. Charro (coords.), *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. Thomson-Aranzadi.

Parejo, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 51-68.

Pérez, M. (2015). El Tercer Sector: economía social y entidades no lucrativas. En C. Torres (ed.), *Situación social* (pp. 888-900). CIS.

Pizarro, R. (2020). El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, 88-103. https://doi.org/10.24965/reala.i14.10861

Rodríguez de Santiago, J. (2007). *La Administración del Estado Social*. Marcial Pons.

Salas, J. (1968). El régimen de la acción concertada. *Revista de Administración Pública*, 56 , 435-482.

Serrano, J. (2017). La contratación de servicios sociales en las Directivas de contratación pública y su transposición en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aranzadi Unión Europea*, 10, 129-143.

Souvirón Morenilla, J.M. (1998). *La actividad de la Administración y el servicio público.* Comares.

Tornos, J. & Galán, A. (2005). Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8.

Tornos, J. & Galán, A. (2007). *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio.* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Tornos, J. & Galán, A. (2010). De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los “servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda. *Revista General de Derecho Administrativo*, 25.

Vaquer, M. (2010). De nuevo sobre la “doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda. *Revista General de Derecho Administrativo*, *25.*

Villar, F. (2020). Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España. En A. Agulló (dir.), *Financiación de la Sanidad. Tributación, Gestión, Control del Gasto y Reparto Constitucional del Poder Financiero* (pp. 198-229). Tirant lo Blanch.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.002

La compra pública de innovación: retos y oportunidades para el desarrollo de la I+d+i desde la demanda pública(*)

Public procurement of innovation: challenges and opportunities for the development of R&D&I from public demand

Juan Antonio Carrillo Donaire(**)
Universidad de Sevilla (Sevilla, España)

Resumen: La compra pública de innovación (CPI) es una modalidad de compra que pretende aumentar la inversión en I+D+i y la mejora de los servicios públicos desde el lado de la demanda, y constituye una apuesta estratégica de la OCDE y de la Unión Europea, especialmente impulsada en los últimos años. Los contratos de CPI presentan una serie de peculiaridades jurídicas en su tramitación que los hacen singularmente complejos, tanto en su fase de preparación y adjudicación como de ejecución, lo que requiere un proceso de aprendizaje y de adaptación para los gestores públicos y para el propio mercado, cuyas claves jurídicas se destacan y comentan pormenorizadamente en este trabajo.

Palabras clave: Contratación pública - Compra pública de innovación - Compra pública precomercial - Derecho Administrativo

Abstract: Public procurement of innovation (PPI) is a purchasing modality that aims to increase investment in R&D and the improvement of public services from market demand side. It is a strategic commitment of the OECD and the European Union, especially promoted in recent years. PPI contracts present legal peculiarities in their processing that make them uniquely complex, from their preparation til their execution, which requires a learning and adaptation process for public managers and for the market itself , whose legal keys are highlighted in this paper.

Keywords: Public procurement - Public procurement of innovation - Precommercial procurement - Administrative Law

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 31 de enero de 2021 y su publicación fue aprobada el 21 de marzo de 2021.

(**) Abogado por la Universidad de Sevilla (Sevilla, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla. Consejero electo del Consejo Consultivo de Andalucía. Especialista en Seguridad y Calidad industrial, Riesgos en el proceso, Derecho patrimonial público, Contratación administrativa, Expropiación forzosa y Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas e Inteligencia Artificial. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3174-5254. Correo electrónico: donaire@us.es.

1. Introducción

La compra pública de innovación (en lo sucesivo, CPI) es una novedosa medida de fomento orientada a que las Administraciones adquieran productos y servicios que aún no existen en el mercado, o que mejoran los existentes, para cubrir sus necesidades con las soluciones tecnológicas e innovadoras que se adaptan de forma más eficiente y sostenible a las necesidades públicas. A través de esta modalidad de compra pública se persigue una doble finalidad: de un lado, fomentar la actividad innovadora e investigadora de las empresas y contratistas desde el lado de la demanda pública, por considerarse la I+D+i un factor estratégico de competitividad; y, de otro lado, mejorar la prestación de los servicios públicos, tanto su calidad como el nivel de satisfacción de la ciudadanía. Con este doble objetivo, la OCDE y la Unión Europea llevan años apostando por la CPI como fórmula idónea para fomentar la innovación en el mercado.

Los procedimientos de CPI no siguen las pautas ordinarias de la contratación pública. En estos casos, tanto la preparación y adjudicación del contrato como su ejecución han de adaptarse a una forma de comprar que se basa en unas premisas singulares que en buena medida cuestionan los principios clásicos de la contratación: objeto cierto, precio determinado, inmediatez y corto plazo, riesgo y ventura del empresario, etc., evolucionado hacia modelos en los que prima la negociación con el mercado y el reparto de riegos ante la incertidumbre que inevitablemente conlleva la adquisición de innovación y la apuesta por la investigación aplicada.

Así, la peculiaridad de las prescripciones técnicas que han de reflejar los Pliegos para comprar algo inexistente o mejorable requiere adaptar la cultura de la innovación por la vía de las funcionalidades y del rendimiento previsible y futuro de algo que se pretende crear o mejorar para luego comprarlo, y que habrá de testarse en un modelo de prueba-error con medición del grado de éxito. En la selección del contratista también se prevén fases de definición progresiva del objeto del contrato (pues, en puridad, éste no está definido de forma cerrada en los Pliegos), y del propio precio, que puede fluctuar a lo largo de la vida del contrato en razón del éxito o de la intensidad de la investigación desarrollada. También es un elemento característico de la CPI la posibilidad de eliminación progresiva de ofertas y adjudicatarios que, no obstante, pueden ser objeto de retribución parcial si la innovación aportada es considerada o ha representado algún elemento relevante para la solución final. Todas esas peculiaridades requieren un procedimiento de adjudicación adaptado a las mismas, que la Directivas europeas de contratación pública adoptadas en 2014 llaman de “asociación para la innovación”, aunque caben otros procedimientos para la CPI que, no obstante, deberán dar cabida a la posibilidad de negociación en razón del objeto natural de los contratos de innovación.

Finalmente, en la ejecución del contrato tampoco pueden jugar del mismo modo las garantías ordinarias de la contratación pública; en particular las relativas al riesgo y ventura del contratista, al grado de cumplimiento del objeto del contrato, a la confidencialidad de la información o al reparto de los riesgos y los beneficios entre la Administración adjudicadora y el contratista. La alteración del riesgo y ventura empresarial no sólo consiste en que la Administración contratante asuma conjuntamente las cargas imprevisibles de la CPI, sino que también puede incluir la distribución de los beneficios resultantes en base al principio de libertad de pactos. Y todo ello por la presencia transversal y permanente del elemento capital de la innovación en este tipo de contratos.

En definitiva, el éxito de la CPI reside en el requilibrio de fuerzas en que las empresas vean a la Administración como un socio fiable para emprender proyectos innovadores y viceversa. El comprador público, modulando la idea de prerrogativa, tendrá que posicionarse como un socio dispuesto a negociar cada uno de los aspectos dimanantes de la contratación de innovación. Todos estos factores obligan a un cambio de mentalidad de la Administración y en los gestores públicos a favor de una I+D+i europea realmente competitiva.

No es un reto pequeño, ya que de todos es sabido que ningún cambio de mentalidad en la gestión pública está exento de inercias contrarias y de recelos; máxime cuando la tramitación de los procedimientos de CPI presume anticipar la planificación y conlleva un incremento de la carga de trabajo y del grado de exposición que acompaña cualquier procedimiento negociado, unido a la incertidumbre y el más elevado riesgo que implica un proceso de compra de un producto o servicio inexistente en el mercado. El bajo empleo del procedimiento de asociación para la innovación a fecha de hoy es un claro indicio de lo dicho. En un contexto así, no es de extrañar que los gestores públicos se refugien en la confortabilidad de la contratación normalizada del procedimiento abierto que, aunque lleno de garantías y de transparencia, no consigue los niveles de satisfacción y rendimiento deseables cuando se trata de desarrollar nuevas tecnologías

aplicadas a productos y servicios realmente innovadores, verdaderamente eficientes y adaptados a las necesidades reales de los intereses generales concernidos en cada acto de compra pública.

Sin embargo, desde la OCDE y la UE se promueve una visión de la CPI como una oportunidad para que el gestor público supere el miedo a las barreras de la innovación, promoviendo la capacitación para aplicar una nueva metodología más flexible, pero acorde a los principios generales de la contratación pública, en orden a hacer de la innovación una realidad tangible y un elemento de modernización de la economía.

2. Concepto y objetivos de la compra pública de innovación

El desarrollo explosivo y exponencial de las tecnologías de la información, la digitalización de la economía y la liberalización de los mercados son los algunos de los factores principales de lo que se ha denominado la Cuarta Revolución Industrial(1). Estos fenómenos han trastocado la percepción de la realidad económica y social, provocando que la referencia central sobre la que se asienta el sistema económico mundial mute del paradigma de la búsqueda de estabilidad al de cambio continuo y sostenibilidad. Bajo estos parámetros, el equilibrio es una pretensión dinámica y cambiante, muy alejada de la ideas de seguridad y previsibilidad. Las nociones de adaptabilidad al cambio continuo, resiliencia, y sostenibilidad son dos importantes vectores de la economía globalizada, siendo la innovación una herramienta clave para la articulación del equilibrio entre ambas.

Los retos globales de la competitividad y productividad mundial, el cambio climático, la contaminación, la pobreza o la exclusión social necesitan de la innovación para procurar mayor estabilidad macroeconómica e institucional, y hacer más eficiente y sostenible las infraestructuras, el tráfico de mercancías y servicios, el mercado laboral, la prestación de servicios básicos a la ciudadanía y el impulso del crecimiento empresarial.

En una aproximación al significado de innovación, el Manual de Oslo contiene una *"Guía para la Recogida e Interpretación de Datos sobre Innovación"*, elaborada conjuntamente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión Europea (Eurostat), que define la innovación como "la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores" (OCDE & Eurostat, 2005, p. 56).

Con esta definición, generalmente aceptada, el mencionado Manual delimita cuatro ámbitos de innovación: producto, proceso, mercadotecnia y organización. A partir de esa delimitación, la OCDE y la Comisión Europea se sirven del criterio tecnológico para distinguir entre innovación de producto y proceso (innovación tecnológica) e innovación de mercadotecnia y organizativa (innovación no tecnológica).

Dentro de la innovación tecnológica, el Manual de Oslo delimita la innovación de producto a "la introducción de un bien o de un servicio nuevo, o significativamente mejorado, en cuanto a sus características o en cuanto al uso al que se destina. Esta definición incluye la mejora significativa de las características técnicas, de los componentes y los materiales, de la informática integrada, de la facilidad de uso u otras características funcionales" (OCDE & Eurostat, 2005, p. 58).

Este concepto de innovación, que ha calado en el Derecho europeo de la contratación pública, como veremos, comprende productos y servicios obtenidos a partir de conocimientos y tecnologías inexistentes hasta el momento, así como también pueden ser resultado de combinaciones de conocimientos y tecnologías ya existentes(2). Este es el marco conceptual en el que entra en juego la contratación pública como medio idóneo para satisfacer los objetivos propuestos por la OCDE y la Unión Europea en orden a

(1) *Véase* en SCHWAB, K. (2016). *The Fourth Industrial Revolution y The Global Competitiveness Report* (2016-2017). World Economic Forum.

(2) En innegable la influencia de esta definición en el concepto de innovación plasmado, por primera vez, por el artículo 2.2 de la Directiva 2014/24/UE, según el cual:
[La compra de innovación consiste en la] adquisición de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

garantizar un desarrollo continuo y sostenible de la realidad económica y social.

En este orden de consideraciones, la compra pública es un importante motor de realización de políticas públicas sustantivas, favorecedoras de determinadas orientaciones del mercado, sin perder de vista el objetivo primario de las Directivas de contratación de mejorar la eficiencia de la política de compras del sector público. Tal y como prevé el artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014:

> [La contratación pública radica en] una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En este contexto se inscribe la contratación pública de innovación (CPI) o *public procurement of innovation* (PPI) como una actuación administrativa de fomento del I+D+i orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda a través del instrumento de la contratación pública. La CPI promueve, así, el desarrollo tecnológico como medio efectivo para obtener productos y servicios novedosos y mejor adaptados a las necesidades de la Administración a partir de la colaboración público-privada. En el fondo, no es más que una manifestación concreta más de que la compra pública ha dejado de ser una actividad adjetiva al desarrollo de políticas sustantivas (que necesitan productos, servicios y obras) para convertirse, en sí misma, en una política pública orientada a la satisfacción de objetivos de políticas públicas sustantivas. Desde esta convicción, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, apuesta por la contratación pública como el instrumento idóneo para fomentar la innovación en determinados ámbitos como el medio ambiente, la eficiencia energética, el empleo, el apoyo a los PYMEs, la salud y la seguridad.

La CPI se ha concebido para animar, de un lado, a los poderes adjudicadores a que demanden soluciones innovadoras mediante la licitación de contratos de I+D y para estimular, de otro lado, al sector privado a que oriente su actividad a la innovación como factor de competitividad.

Ha de dejarse sentado, desde un principio, que la CPI no es un tipo contractual, ni un procedimiento de contratación. Se trata, antes bien, de una estrategia de compra a disposición de las políticas públicas de innovación. Por tanto, cuando hablamos de compra pública de innovación nos estamos refiriendo a una actuación de fomento de la innovación realizada desde el sector público, a través de la contratación administrativa, que persigue mejorar los servicios públicos, impulsar la innovación empresarial e internacionalizar la innovación local.

3. La innovación como compra pública estratégica en el marco OCDE y europeo

3.1. Ámbito internacional

En el contexto anteriormente descrito, los Gobiernos se sienten proclives a emprender políticas activas de innovación que hagan compatible el crecimiento económico y el desarrollo sostenible. Estas políticas se conciben y diseñan con el objetivo de resolver retos presentes y futuros; por lo que es conveniente dotarlas de mecanismos de coordinación entre los distintos niveles de la Administración Pública y de fórmulas estandarizadas de sistemas de colaboración entre el sector público y privado.

Los Estados necesitan políticas activas de innovación que fijen las prioridades esenciales y se ajusten a un modelo de especialización científica, tecnológica y productiva capaz de capitalizar todas aquellas oportunidades que vayan surgiendo a partir de la evolución de sus propias capacidades.

Para medir la relación entre la innovación, I+D y la contratación pública resultan ilustrativas las estimaciones actuales sobre la posición que ocupan los países de la UE, y particularmente España, en el panorama internacional.

La evaluación de la OCDE de 2019 sobre la innovación europea sitúa la media de los países Europeos por debajo del liderazgo norteamericano y asiático[3]. Por su parte, España se encuentra lejos de la cabeza en

(3) *Véase* en Schwab, K. (2019). T*he Global Competitiveness*. World Economic Forum. http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

materia de innovación en Europa, con la especial detección por parte de la OCDE de la insuficiente capacidad de innovación como el cuarto mayor problema para impulsar el crecimiento empresarial, por debajo del sistema tributario, la ineficiente gobernanza burocrática y la restrictiva regulación laboral. La persistente existencia de estos problemas, junto a la falta de actuación de la Administración Pública y su compleja coordinación con el sector privado en aras de lograr mejores cuotas en innovación, sitúa a nuestro país algo por debajo de la media internacional y europea.

En lo relativo a la contratación pública, la OCDE estima que el peso medio relativo de esta actividad oscila entre un 13% y un 20% del PIB mundial(4). Concretamente, en los países desarrollados la contratación pública ese impacto está por encima del 15% del PIB, situándose en el caso español en el 18,5%, lo que en términos cuantitativos significa un total de 194 000 millones de euros anuales, algo por encima de los 4 000 euros anuales per cápita.

A la vista de estos datos no puede sino concluirse que la actividad de contratación es capital, en su carácter puramente instrumental, para el desarrollo de servicios básicos para la ciudadanía. Ciertamente, el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas es un factor determinante en aspectos esenciales de la vida diaria como la sanidad, la educación, la justicia, la seguridad o el transporte. Como correlato de ello, organismos internacionales como la propia OCDE o el Banco Mundial consideran que la integridad en la contratación administrativa es esencial para que los ciudadanos no pierdan la confianza en el sector público(5).

Con estas estimaciones, la OCDE se ha propuesto firmemente promover un crecimiento continuado, menos contaminante y más justo, promoviendo la innovación más allá de la ciencia y la tecnología, y extendiendo su aplicación a la educación, el crecimiento empresarial y la creación de empleo. Los propósitos de la OCDE se plasmaron hace tiempo en *The OECD Innovation Strategy: Getting Start on Tomorrow* de 2010, donde se describieron las cinco grandes líneas de actuación: (i) desarrollar la capacidad innovadora de las personas mediante la educación y la formación, (ii) liberar el potencial innovador, (iii) aplicar y financiar adecuadamente la investigación, (iv) aplicar la innovación como solución a los retos, presentes y futuros, y (v) perfeccionar las políticas de innovación.

Estas líneas de actuación comprenden, entre otras, a la CPI como instrumento con el que los compradores públicos y los operadores privados podrán obtener resultados de I+D+i conjugando innovación y contratación pública.

3.2. Ámbito europeo

En el ámbito comunitario, la Unión Europea puso en práctica un Programa Marco sobre las actividades de investigación e innovación para el período 2014-2020, denominado *"Estrategia Europea 2020",* posteriormente sustituida por el eje equivalente del nuevo marco de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible en Europa, que se erige como la planificación de referencia para las políticas de innovación de los Estados miembros.

El programa concebido para impulsar la estrategia *"Horizonte 2020"* y la iniciativa *"Unión por la innovación"* apostó por un modelo de crecimiento inteligente, sostenible e integrador del conjunto de la sociedad europea a partir de tres pilares básicos relativos a abordar los principales retos sociales, promover el liderazgo industrial en Europa y consolidar la excelencia de su base científica. Los fondos de este programa continúan en ejecución durante 2021, donde serán sustituidos por el nuevo Marco Presupuestario 2021-2027 centrado en los objetivos de la Agenda 2030, que refuerza la apuesta europea por la innovación.

Con un presupuesto total de 77.028 millones de euros y una inversión inicial en I+D+i del 3% del PIB de la Unión Europea, Horizonte 2020 ha agrupado e impulsado las actividades financiadas por el VII Programa Marco de Investigación y Desarrollo, las acciones de innovación del Programa Marco para la Innovación y la Competitividad y las acciones del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología. La clave de estos programas europeos de innovación radica en que integran todas las fases de la investigación y la innovación, esto es desde la generación del conocimiento hasta las labores comerciales contemplando específicamente el apoyo directo a la CPI.

A través de la CPI Europa se propone reducir de forma considerable el vacío y la desconexión, siempre existente, entre los procesos de investigación e innovación y la tecnología y los compradores públicos. Este propósito requiere el desarrollo de los

(4) *Véase* en OCDE. (s/f). *Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth. Enabling reform through evidence and peer reviews*. https://www.oecd.org/gov/ethics/Public-Procurement-for%20Sustainable-and-Inclusive-Growth_Brochure.pdf

(5) *Véase* en OCDE. (2009). *Principles for Integrity in Public Procurement*.

mecanismos de coordinación de los organismos públicos responsables en materia de contratación pública y las fórmulas de colaboración con los agentes privados, así como el régimen que han asumir Administración Pública y empresas para soportar y compartir conjuntamente los riesgos y beneficios derivados de I+D+i. Los análisis más recientes de evaluación de la aplicación de estos objetivos que ha acometido la Comisión Europea muestran que la CPI es todavía en reto deficientemente alcanzado en el mercado europeo de la contratación, pese al esfuerzo inversor de la UE en este campo(6).

Para facilitar la consecución del reto que supone la CPI, Horizonte 2020 ha financiado los proyectos en todas sus fases, desde la investigación al mercado, aplicando un porcentaje único de financiación mediante reembolso de los costes subvencionables, integrados por los costes directos y un tipo fijo del 25% para los costes indirectos. Esta financiación podrá llegar al 100% del total de los costes subvencionables en las actividades de investigación e innovación y hasta un 70% en caso de que las entidades participantes en el proyecto financiado persigan ánimo de lucro.

El ánimo de potenciar una definitiva apuesta nacional por el empleo de estos fondos en proyecto de CPI por los Estados miembros se plasmó en la aprobación de unas "Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación" en mayo de 2018 por la Comisión Europea [DOUE C (2018) 3051 final], adoptadas en el contexto de la Comunicación de la Comisión sobre la "Nueva agenda europea de investigación e innovación: una oportunidad para que Europa trace su futuro"(7).

3.3. Ámbito español

La sensibilización sobre el valor estratégico de la compra pública de tecnología innovadora tuvo una incipiente respuesta en la aprobación en 2009 de la "Estrategia Española para el Desarrollo Sostenible", con la que España aceleraba la transformación del modelo productivo con un conjunto de iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas orientadas a garantizar un crecimiento sosteniblemente económico, medioambiental y social.

Tales iniciativas se materializaron en dos normas concretas: la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI) y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES); que introdujeron el concepto legal de CPI en la legislación de contratos del sector público. Complementándose con mecanismo de planificación: la llamada Estrategia Estatal de Innovación (E2i), para el periodo 2010-2015, que tuvo continuidad en el marco de la renombrada como Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020, seguida de otra equivalente para el periodo 2021-2027(8).

En síntesis, este conjunto de medidas ha asentado la idea de que, para impulsar la innovación, la contratación pública debía aplicarse de modo especial, y hasta distinto, en aquellos sectores económicos en los que la Administración Pública ostenta una posición dominante, en orden a cumplir con los objetivos europeos y nacionales tendentes a posicionar a Europa en la cumbre de la innovación internacional. Como sintéticamente apunta la Estrategia española de Ciencia, Tecnología e Innovación vigente:

> La innovación sistémica acercará y hará partícipe a la sociedad de los resultados de la innovación y de sus procesos. En este sentido, cabe destacar que se fomentará la Compra Pública de Innovación (CPI) desde el ámbito público (AGE, CCAA, entidades locales, empresas públicas, universidades, etc.) que convertirá a las AAPP en elementos tractores de actividad innovadora (Ministerio de Ciencia e Innovación, 2021, p. 37).

Con esta estrategia se definieron las líneas estratégicas sobre CPI, las cuales han cuajado también en algunas las Comunidades Autónomas y en algunas Administraciones locales, que han aprobado sus propias estrategias de CPI.

4. Modalidades de la compra pública de innovación en función del estado previo de la técnica y del grado de desarrollo de I+d+i necesario en cada caso

En función del grado de innovación necesaria para desarrollar u producto o un servicio se distingue habitualmente entre la llamada compra pública pre-comercial y la compra pública de tecnología innovadora; distinción que tiene efectos jurídicos significativos.

La compra pública pre-comercial (CPP) o *pre-commercial procurement (PCP)* es un

(6) *Véase* en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/online-consultation-benchmarking-national-innovation-procurement-policy-frameworks
(7) *Véase* en http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8921-2018-INIT/es/pdf
(8) *Véase* en https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/EECTI-2021-2027.pdf

contrato de servicios de I+D en el que el comprador público no se reserva los resultados innovadores para su propio uso en exclusiva, sino en el que comparte con la empresa adjudicataria los riesgos y beneficios derivados del proceso de creación, desarrollo y ejecución de soluciones inexistentes hasta el momento en el mercado(9). Su objeto es, por regla general, llevar una idea al desarrollo a partir del desarrollo de pruebas y ensayos y al diseño de prototipos.

Por su parte, la compra pública de tecnología innovadora (CPTI) o *public procurement of innovative technology* (PPIT) consiste en la contratación de un bien o servicio innovador e inexistente hasta el momento, pero cuyo desarrollo y ejecución puede llevarse a cabo en un período de tiempo razonable a partir de prototipos preexistentes. El objeto de esta compra es la adquisición de tecnología nueva o mejorada que ya ha pasado algún proceso previo de I+D. Con dicha adquisición, la Administración Pública se posiciona como un cliente de lanzamiento de aquellos bienes y servicios que, disponiendo de un prototipo o modelo, aún no han alcanzado la fase comercial(10). A diferencia de la CPP, la CPTI queda incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP(11).

4.1. Singularidades de la compra pública precomercial

La CPP tiene por objeto la contratación de servicios de I+D+i para la consecución de soluciones innovadoras inexistentes en el mercado. En principio, estos contratos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP en su artículo 8, en aplicación de la exclusión amparada por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 14(12). No obstante, la LCSP establece tres requisitos para que los contratos públicos de investigación e innovación puedan ser incluidos en su regulación.

En primer lugar, los contratos deberán atender a los códigos de vocabulario establecidos expresamente en el precepto(13), esto es: servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos, servicios de investigación y desarrollo experimental, servicios de investigación, servicios de laboratorio de investigación, servicios de investigación marina, servicios de desarrollo experimental, diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo, estudio de pre-viabilidad y demostración tecnológica y servicios de ensayo y evaluación.

En segundo lugar, los beneficios derivados de la innovación tendrán que corresponder en exclusiva al comprador público quedando reservada la utilización del bien o servicio, fruto del proceso de I+D+i, para él mismo. Ésta es la exigencia que supone un apartamiento claro del régimen prototípico de la CPP, pues precisamente una de sus características esenciales consiste en la gestión conjunta de los riesgos y beneficios por parte de los agentes, públicos y privados, intervinientes en la contratación.

En tercer y último lugar, la LCSP añade un segundo requisito adicional para la inclusión de estos contratos en su ámbito de aplicación: que la remuneración corresponda al poder adjudicador en su totalidad.

Con independencia de que puedan quedar fuera de la normativa sobre contratación pública si no se dan las condiciones citadas, las contrataciones de CPP vienen obligadas a cumplir los principios generales de la contratación administrativa (libertad de

(9) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (2007). *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles (COM/2007/0799 final)*. Eur-Lex.

(10) *Véase* en López, A. M. (2014). La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. En J. Pernas (coord.), *Contratación Pública Estratégica* (pp. 213-248). Aranzadi Thomson Reuters.

(11) La diferencia entre una y otra modalidad de compra de innovación tiene un tratamiento diferente desde la perspectiva de la aplicación de la legislación de contratos del sector público, por cuanto la primera de las referidas modalidades, la compra precomercial, es, en principio, un contrato excluido de la LCSP, salvo que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y, además, el servicio prestado sea remunerado íntegramente por aquel (artículo 8 LCSP). Así, pues, el establecimiento de un régimen compartido de riesgos y beneficios entre los contratantes constituye una de las condiciones esenciales para la celebración de este contrato de servicios de innovación que queda expresamente excluido de la Directiva sobre contratación pública y de la LCSP.

(12) Como expresa el Cdo. 47 de la Directiva 2014/24/UE sobre la exclusión de la CPP, diciendo que, *"*Debe señalarse que en la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 2007 titulada 'La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles' se expone una serie de modelos de contratación en relación con la prestación de dichos servicios de I+D que no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva*"*.

(13) Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.

acceso, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato, integridad, libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa) y ello, por las razones esgrimidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su Sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03), *Parking Brixen GmbH* contra *Gemeinde Brixen* y *Stadtwerke Brixen AG*, a propósito de la situación de aquellos contratos públicos que quedan excluidos de la normativa sobre contratación pública, en la que el Alto Tribunal europeo -en línea con resoluciones posteriores- resuelve haciendo extensiva la aplicación de los principios generales de la contratación pública, recogidos en el TFUE, a todos los contratos que sean celebrados por la Administración Pública.

La primera referencia que el ordenamiento jurídico español hizo sobre la CPP fue con ocasión de la reforma de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, como dijimos, introducía un nuevo apartado en el artículo 4.1 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) bajo la letra r), que en sede de *"*negocios y contratos excluidos*"* decía así:

> Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

Pese a que no había en esta previsión una alusión expresa a la compra pública pre-comercial, el Informe 13/11, de 10 de mayo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre el régimen derivado de los contratos de I+D+i, interpretó que el precepto aludía precisamente a los contratos de I+D+i propios de la CPI[14]. Además, la Ley 30/2007 contemplaba otra referencia a la CPP en su artículo 38, también introducido por la Ley de Economía Sostenible, dedicado a las partidas presupuestarias consignadas a los contratos previstos en el artículo 4.1 r) de la Ley 30/2007[15].

En cuanto a la inclusión de la CPP en el TRLCSP, su artículo 4.1 r) reproduce lo dispuesto en la norma anterior y su Disposición Final quinta alude expresamente a la CPI constituyendo la primera referencia expresa en nuestra normativa sobre contratos públicos. Respecto a la vigente LCSP, su artículo 8 excluye de su ámbito de aplicación, como se ha dicho, los contratos de I+D+i en los términos antes reseñados. Lo que en modo alguno impide que estos contratos de CPP incorporen elementos propios de la contratación pública en las fases de preparación y adjudicación (Consultas Preliminares al Mercado, elaboración de Pliegos, definición de requisitos de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución, etc.). De hecho, el procedimiento de "asociación para la innovación" específicamente previsto para los contratos de CPI que sí se someten a la LCSP tiene su origen en la práctica contractual asentada de los contratos de desarrollo de la innovación de naturaleza pre-comercial, destinados al desarrollo de productos o servicios inexistentes en el mercado.

En definitiva, los contratos de I+D+i comprendidos en la CPP carecen de presencia positiva en Derecho comunitario y español a causa de un motivo fundamental. La propia naturaleza de estos contratos obliga a las partes a acordar un régimen de riesgos y beneficios en el que conjuntamente soporten las cargas derivadas de los procesos de I+D+i y, en consecuencia, se beneficien de los resultados obtenidos en proporción a la magnitud de su apuesta en el proyecto.

Otro aspecto de la CPP a tener en cuenta radica en que la retribución del contrato de I+D+i no puede depender de los resultados sino del proceso de innovación en sí, por lo que el poder adjudicador deberá abonar una cuantía fija en función de la estimación que las partes realicen sobre las posibles fluctuaciones de los riesgos y los beneficios.

---

(14) El Informe 13/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (2012) señala que:
Como vemos, según la Directiva comunitaria, los contratos de investigación y desarrollo a los que se refiere la consulta son, en efecto, contratos de servicios y en este mismo sentido, aparecen dentro de otros documentos que nos sirven para interpretar la normativa en cuestión, como es el Libro Verde, a nivel comunitario, o la Guía de Compra Pública Innovadora, a nivel nacional. La identificación en estos documentos de este tipo de contratos como contratos de servicios, nos llevan a la conclusión de que la ley española, aun cuando no lo señala expresamente, también se refiere a contratos de servicios, cuando regula los contratos de investigación y desarrollo dentro del artículo 13, 2, b), en lógica consecuencia con el contenido de la Directiva 2004/18/CE (considerando 2).

(15) Según el cual, "El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, fijará dentro de los presupuestos de cada Departamento ministerial y de cada Organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia el artículo 4.1. r) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras".

La CPP rompe el esquema clásico de contratos públicos por su propia esencia: la compra de ideas innovadoras que ni existen en el momento de la contratación, ni disponen si quiera de una realidad física. Pudiera decirse que rompe la idea misma del contrato, desde su concepción en la teoría general del Derecho, pues -de inicio- ni siquiera hay cosa cierta, ni desde luego precio conocido. Por ello, la idiosincrasia de este contrato de I+D+i conduce a una multitud de características singulares que apuntaremos a continuación.

Tal y como acabamos de exponer, la CPP queda, en principio, excluida de la normativa de contratación pública, por lo que la elección del procedimiento adecuado es compleja. Ordinariamente, la entidad adjudicadora tendrá que convocar públicamente la licitación en un procedimiento *ad hoc* que podrá comprender varias fases, a las que posteriormente haremos alusión al hablar de los contratos de CPI incluidos en la LCSP. Una primera fase en la que el comprador público organice un encuentro con el mercado o *meet the market event* lanzando consultas preliminares al mercado y anuncios de información previa, según disponen los artículos 115 y 134 de la LCSP, respectivamente, con el fin de elaborar un mapa de demanda temprana que ofrezca la definición del bien o el servicio objeto del contrato así como del proceso de I+D+i pretendido. En ocasiones, el objetivo de esta fase preliminar puede tener una doble vertiente, ya que, tanto la autoridad contratante puede consultar al mercado como recibir ofertas no solicitadas, esto es, que la empresa planteé por sí misma una solución a una necesidad futura. Una segunda fase consistente en un estudio de viabilidad sobre las propuestas seleccionadas fruto del encuentro con el mercado. Dicho estudio tendrá que ser limitado por un plazo y dotación determinada. Y una tercera fase en la que se contratará la propuesta cuyo estudio haya mostrado la mejor viabilidad de acuerdo a la investigación aplicada y al desarrollo experimental que requiere la oferta en cuestión.

Con el respeto a los principios generales de la contratación pública antes aludidos, el diálogo técnico entre el poder adjudicador y las empresas interesadas podrá iniciarse con carácter previo a la publicidad de la convocatoria mediante las consultas preliminares al mercado.

Esta posibilidad conlleva que la Administración no pueda determinar la idoneidad de la propuesta debiendo partir de la definición del problema a resolver por los licitadores. Al contrario que en cualquier contrato público, la licitación de la CPP no parte del objeto sino de la causa que origina la contratación de I+D+i, esto es, el problema técnico a solucionar.

Asimismo, el diálogo técnico comporta otra problemática consistente en el acceso del comprador público a la información confidencial de los licitadores, a la que asimismo aludiremos más adelante. Puesto que no existe solución actual al problema planteado por el adjudicador, el diálogo técnico entre las partes es más que necesario debiendo estar limitado por la confidencialidad y el secreto que guarda toda información empresarial relacionada con proyectos de I+D+i.

Finalmente, nos encontramos con la condición esencial de la CPP relacionada con el reparto de riesgos y beneficios derivados del proceso de I+D+i y la modulación del riesgo y ventura del empresario que ello supone. En un sistema donde el empresario debe correr con todos los riesgos del contrato el régimen compartido entre adjudicador y adjudicatario de las cargas y los beneficios derivados de la contratación de innovación puede interpretarse como uno de los síntomas del necesario cambio de mentalidad en materia de contratación pública.

Al no existir reglas administrativas que prevean tal reparto, la Administración Pública tendrá que acordar con la empresa licitadora los límites de sus actuaciones en proporción a su participación en el proyecto. De esta forma, los resultados de la CPP no quedan al arbitrio del comprador público, ni del contratista, ambos tendrán que soportar las cargas, esto es, los gastos previstos e imprevistos en los que incurra el proyecto de I+D+i o la generación de un prototipo de producto o servicio, y disfrutar conjuntamente de los resultados, sin que corresponda a ninguno la plena disposición sobre la solución innovadora.

La alteración del principio clásico de riesgo y ventura del contratista, la gestión del riesgo en los proyectos innovadores, la participación en los beneficios y su relación con la retribución del contrato de I+D, la propiedad del bien innovador y su explotación o la confidencialidad son, entre otras, las consideraciones jurídico-administrativas más relevantes en esta materia.

4.2. La compra pública de tecnología innovadora. Marco jurídico y procedimental

La CPTI que tiene por fin la adquisición y el desarrollo de bienes o servicios tecnológicos, nuevos o mejorados, que no han alcanzado la fase comercial, es decir, que aún no han llegado al mercado o no están disponibles para su distribución a gran escala, pero en los que el grado de innovación ya tiene un grado de madurez considerable.

La CPTI queda incluida en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública en la forma de contratos de obras, servicios o suministros de los artículos 12 y siguientes de la LCSP.

Esta modalidad de CPI prescinde del proceso previo de I+D+i en fase de creación o diseño de un prototipo inexistente, y se centra en el desarrollo de una idea que necesita adaptación y en la comercialización. Así, pues, la CPTI no parte de la nada, sino de la existencia de un modelo o prototipo que requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para cumplir con las exigencias del comprador público.

Dependiendo de las prescripciones propias de cada producto o servicio, la CPTI podrá articularse por los procedimientos de contratación ordinarios (abierto o restringido) y especiales (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación). No obstante, las Guías y orientaciones elaboradas por la UE y por las Administraciones españolas recomiendan vivamente en estos casos la elección de un procedimiento en el que las partes contratantes estén en permanente contacto y quepa la negociación, pues los procedimientos con margen de negociación permiten una mayor flexibilidad a la hora de tratar las cuatro premisas básicas de la CPTI:

a) La inexistencia de bienes o servicios específicos que satisfagan las pretensiones de compra de la Administración.
b) El necesario desarrollo tecnológico del prototipo a partir del cual se obtendrá el bien o servicio pretendido en un tiempo razonable.
c) La inevitable espera del comprador público a causa del proceso tecnológico.
d) La indeterminación inicial del precio y el plazo por el que se conseguirá el resultado final.

A partir de estas premisas, los procedimientos con fases negociadas son los más ordinarios y adecuados a las exigencias de la CPTI.

El primero de ellos sería la licitación con negociación prevista en los artículos 166 a 171 de la LCSP, teniendo por objeto contratos de obras, servicios o suministros que necesitan de un desarrollo tecnológico. En este procedimiento, y a partir de la fijación de las características del bien o servicio objeto, se abre una fase de selección con al menos tres licitadores, celebrando rondas de ofertas y negociaciones sucesivas sobre múltiples los aspectos negociables que se definan para cada supuesto (prescripciones técnicas, precio, plazo) y fijando la fecha para la presentación de las ofertas finales.

Otro procedimiento posible para contratar CPTI es el diálogo competitivo, regulado en los artículos 172 a 176 de la LCSP. El diálogo competitivo ofrece a las partes contratantes una mayor flexibilidad que la licitación con negociación al no tener que ceñirse a prescripciones únicas prefijadas, sino que cada oferta se presenta en base a la solución propuesta por cada licitador. Ante proyectos cuyas prescripciones son imposibles de definir de antemano, el diálogo competitivo permite conocer la experiencia previa de las empresas en relación a lo que se pretende contratar[16].

Al igual que en el procedimiento con negociación, el diálogo competitivo se iniciará con la invitación de un mínimo de tres licitadores. Durante el diálogo las propuestas iniciales se irán perfilando hasta acabar determinando las prescripciones técnicas, los criterios de selección y el plazo de duración estimado en un único documento que se pondrá a disposición de los interesados. En virtud de los términos acordados en el diálogo conforme al artículo 172 de la LCSP, los licitadores presentarán sus ofertas finales para la posterior selección de la empresa adjudicataria.

Pero la LCSP, acogiendo las previsiones de la Directiva, diseña un procedimiento específico para la CPI llamado de "Asociación para la innovación" (artículos 177 a 182 de la LCSP). Se trata de un procedimiento complejo, aplicable tanto a los procedimientos de CPP como de CPTI, de escasa aplicación a día de hoy, al que aludiremos específicamente al tratar las especialidades procedimentales de la CPI.

En todo caso, en función de la capacidad descriptiva del bien o servicio pretendido por el órgano de contratación habrá de adoptarse algún procedimiento que acoja la negociación, siendo poco recomendables los procedimientos abiertos ordinarios o restringidos por el escaso margen que ofrecen a las diversas opciones y propuestas de desarrollo de la innovación por los licitadores.

(16) *Véase* en Fundación Cotec para la Innovación Tecnológica. (2011). *La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología. Libro blanco. Informes sobre el sistema español de innovación*. Cotec.

5. Aspectos de la CPI que requieren un tratamiento jurídico específico respecto de las reglas comunes de la contratación pública

5.1. Singularidades de la preparación y adjudicación del contrato

5.1.1. Preparación del contrato: mapas de demanda temprana, consultas preliminares al mercado, demanda agregada y gestión de ofertas no solicitadas

En los procedimientos de CPI es fundamental el desarrollo de una fase previa o preliminar que antecede a la fase legalmente prevista de preparación de los contratos. La planificación supone un mandato del legislador a los órganos de contratación(17). Si esta labor de planificación es necesaria y obligatoria en las licitaciones ordinarias, en las licitaciones complejas, como las de CPI, resulta fundamental para delimitar la necesidad a la que atiende el contrato y si para satisfacerla existe una solución disponible en el mercado y cuál es su grado de maduración tecnológica. De hecho, este análisis preliminar del mercado marcará si el contrato de CPI será un CPP o una CPTI.

En este contexto de explotación tecnológica y de planificación del contrato de CPI resulta especialmente recomendable explorar escenarios de demanda agregada, entendida en este caso como la búsqueda activa de otras Administraciones o entes del sector público que compartan la necesidad plateada y se muestren potencialmente interesados en explorar soluciones a través de la CPI. Esa exploración de la demanda agregada a escala internacional en el ámbito de la Unión Europea está fuertemente incentivada con múltiples iniciativas y dotación de fondos específicos por parte de la Comisión Europea.

Las cuestiones nucleares a dilucidar en sede de preparación del contrato (si existe solución disponible según el estado de la técnica y grado de adecuación o desarrollo de la misma) se sitúan fuera del ámbito interno de la Administración y requieren de acciones de indagación y averiguación que orienten la toma de decisión. Para ello la Administración deberá entrar en contacto con el mercado mediante un contacto previo y directo con los potenciales licitadores. Una participación anticipada de los potenciales adjudicatarios que hasta la aparición de la LCSP de 2017, el legislador contemplaba con recelo, pues podía implicar una vulneración del principio de igualdad entre los licitadores; pero que puede y debe convertirse en una práctica habitual en las licitaciones, muy especialmente en las licitaciones de CPI.

Entre las técnicas de análisis de mercado, las más destacadas y novedosas son las denominadas “consultas preliminares al mercado”, profusamente reguladas en el artículo 115 de la LCSP. La figura se regula dentro de la sección 1ª del Capítulo I del Título I en la regulación de la preparación del contrato. Por tanto, de un lado, no es una práctica previa sino que forma parte del procedimiento administrativo especial que en definitiva es una licitación; y, de otro lado, es un trámite aplicable a licitaciones que no suponen una CPI, si bien está especialmente indicado en éstas.

Como contrapeso del potencial peligro de parcialidad o tratamiento no igualitario que pudiera implicar el contacto previo con los licitadores, el legislador ha potenciado dos principios fundamentales con la imposición de medidas concretas: publicidad y transparencia. Y, así, el artículo 115 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) dispone que:

> Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.
>
> Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

(17) En este sentido, el artículo 28.4 de la LCSP establece que: “Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

Junto a ello se prevé una regla específica de compatibilidad que pretende incentivar la participación de los empresarios en estas consultas, de forma que "la participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite" (artículo 115 LCSP).

En realidad, la LCSP permite un modelo abierto para el desarrollo de consultas previas a la adjudicación con la salvedad o prevención de que se produzca una participación que constituya un riesgo para la libre competencia y la igualdad de trato. La LCSP solo prevé dos restricciones a la participación de las empresas en las consultas preliminares. Una restricción directa consistente en que la intervención de la entidad en la delimitación preliminar del objeto del contrato no puede ser valorada como un aspecto positivo o preferente con respecto al resto de licitadores. Y una restricción indirecta relativa a la posibilidad de que la activa participación de la empresa en la consulta haya supuesto la concreción de unas características y prescripciones que únicamente puedan ser desarrolladas por la misma, es decir, que el participante se haya "apropiado" del objeto del contrato de tal modo que lo haya diseñado en atención a sus propias capacidades En definitiva, el comprador público tiene que evitar que las actuaciones previas con los agentes del mercado se traduzcan en ventajas desleales y falseamientos de la competencia.

Respecto a los métodos a seguir por el comprador público para la realización de estas consultas, el Dictamen del Consejo de Estado, Núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, impone la eficiencia, la innovación, la alta tecnología y la participación empresarial como los valores que deben regir estas actuaciones previas(18).

Velando por estos principios, las consultas preliminares del mercado pueden comprender tres fases destinadas a estimular el mercado y definir adecuadamente el objeto de la CPI, aunque lo cierto es que la LCSP en ningún caso regula la forma en que deben materializarse estas consultas por lo que rige en todo caso la libertad de elección a la Administración sobre la forma de proceder.

A la primera fase nos hemos referido ya al determinar el proceso evaluativo de las necesidades de compra, que conlleva determinar con certeza la necesidad de compra del contratante identificando el ámbito objetivo y subjetivo de la consulta, es decir, las innovaciones potenciales que pueden satisfacer la necesidad y las empresas destinatarias con concreción del sector de actividad. El órgano de contratación tendrá que someterse a un examen interno en el que se describan las ventajas e inconvenientes del proceso de I+D+i y se evalúe la capacidad de la Administración para responder a la necesidad por medios propios así como para definir los bienes o servicios pretendidos. En esta fase de planificación, el ente adjudicador tendrá que elegir la información que va a ofrecer a las empresas. Esta información no sólo debe tratar de la necesidad cuya solución requiere de I+D+i, sino que también tendrá que contener el plazo de celebración de la consulta, el precio estimado del contrato y el procedimiento de contratación.

La segunda fase estará protagonizada por el formato de la consulta. En este punto, es preciso recordar que el fin de la consulta preliminar es facilitar un primer contacto entre la Administración y el mercado, lo que resulta imprescindible en materia de CPI. Por tanto, el comprador público debe adoptar el medio idóneo para la celebración de la consulta, pudiendo optar, acumulativa o alternativamente, por anuncios de información previa, encuestas, cuestionarios de mercado, entrevistas, seminarios, conferencias, jornadas, ferias industriales, *webinars*, etc.

Entre los múltiples formatos, destacamos el encuentro con el mercado o *meet the market event* (MTM) por ser, a nuestro parecer, el más apropiado para la CPI al permitir una mayor interacción entre la autoridad contratante y las empresas. Para que el MTM se celebre con éxito es de vital importancia la elaboración de un mapa de demanda temprana en el que se determinen los objetivos y requisitos de la consulta junto con la disponibilidad presupuestaria(19). La publicación de este mapa a tiempo puede reducir los riesgos y mejorar la planificación

(18) Las consultas preliminares son una figura contemplada por las normas jurídicas europeas, que preconizan su establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales públicas y privadas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica. Así, se contempla en el artículo 2.302 del Proyecto de Código Contratual Privado Europeo, en el Plan de Acción sobre un derecho europeo de contratos más coherentes, hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el Draft Common Frame of Reference, de 2008. Constituyen, por otra parte, un instrumento adecuado para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos deben determinarse con exactitud, velándose en todo caso por la eficiencia, valorando la innovación y la incorporación de la alta tecnología y promoviendo la participación de las empresas.

(19) *Véase* en Peiró, A. I. (2016) *Las consultas preliminares al mercado y su funcionamiento práctico. Experiencias sobre cómo llevar a cabo un Meet the Market Event*. Observatorio de contratación pública.

de la CPI de forma muy considerable. Agregando la demanda temprana, el comprador público orienta la innovación de las empresas hacia el problema en cuestión.

En lo relativo a la forma de organizar el MTM, puede desarrollarse en una única discusión plenaria en la que el ente adjudicador exponga a modo de conferencia su necesidad y posteriormente, se abra un coloquio entre los asistentes. O bien, ante un número elevado de participantes, se podrán organizar mesas de debate tras un breve planteamiento de la situación.

La tercera parte de la consulta consistirá en dotar a la misma de la difusión suficiente, teniendo el gestor público que hacer uso de todos los medios a su alcance para hacer llegar al sector privado la información y la documentación de la consulta. Una vez difundida la información, se recomienda la creación de un archivo y la realización de un seguimiento sobre las empresas que hayan mostrado su interés en contratar durante la celebración la consulta.

En materia de innovación es posible que el estímulo de solucionar los problemas de la Administración con ideas novedosas provenga del mismo mercado a través de propuestas u ofertas no solicitadas. Con estas propuestas las empresas se dirigen expresamente al órgano de contratación proponiéndole soluciones innovadoras a necesidades, presentes o futuras, de un determinado bien o servicio que el proponente tiene capacidad de desarrollar.

La gestión de estas ofertas no es fácil por cuanto que el comprador público tiene que detectar si la pretensión del ofertante consiste en crear una necesidad, y así obtener financiación, o en caso contrario, la oferta responde efectivamente a la solución de un problema.

Para que la Administración reciba estas ofertas, que en algunas ocasiones pueden ser calificadas de interés y en consecuencia, la causa de un procedimiento de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña propuso una interesante medida que nos parece generalizable: la creación de un buzón de innovación al que los agentes privados podrán enviar ideas innovadoras aplicables a los ámbitos de actuación del sector público.

En definitiva, a los efectos de la CPI, las consultas preliminares permiten comprobar la existencia de soluciones innovadoras en el mercado o/y el grado de adaptación e innovación que las mismas requerirían para cubrir las necesidades públicas objeto del contrato. En tal supuesto, si la tecnología no existe hasta el momento pero su desarrollo es factible a través de un proceso de I+D+i, la consulta determinará la elección de la CPP, mientras que si la tecnología necesaria no está disponible pero existen modelos o prototipos con los que se puede obtener en un periodo de tiempo estimado, la actuación previa conducirá a la CPTI.

En sede de preparación del contrato, la elaboración y publicación de mapas de demanda temprana por parte de la administración promotora constituye otra de las técnicas para la planificación de las licitaciones CPI que se situaría en el tiempo con carácter previo a las consultas preliminares al mercado. Se trata de una técnica unilateral pues se inicia y desarrolla en el ámbito de la Administración, una iniciativa con una finalidad meramente informativa que no pretende ninguna respuesta expresa y a corto plazo por parte del mercado.

El mapa de demanda temprana permite anticipar al mercado los planes de contratación previstos por parte de la Administración. En cualquier tipo de compra de productos y servicios, la demanda temprana a los proveedores supone un gran beneficio tanto para el sector industrial, al permitirles reducir los riesgos y mejorar la planificación de las inversiones a realizar, llevar a cabo alianzas o uniones temporales con otras empresas para presentarse a la licitación conocida con antelación; como para los propios clientes, al poder ver reducidos los tiempos de ejecución de las soluciones innovadoras existentes en el mercado.

Normalmente se utiliza está técnica asociada al ámbito de la CPI, en el que el mapa de demanda temprana es un listado de necesidades identificadas en nuestro entorno sin solución en el mercado que son susceptibles de proyecto CPI, ya que reúnen los requisitos, técnicos económicos, de financiación y de impacto.

5.1.2. Especialidades de los pliegos de CPI

En relación a los Pliegos, la mayor singularidad del de prescripciones técnicas es que normalmente recurrirá a la formulación de prescripciones funcionales o de rendimiento que, no obstante, han de ser lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo (artículo 126 LCSP).

En las prescripciones administrativas, la mayor dificultad la plantea en estos casos la delimitación del objeto del contrato, cuyo grado de incertidumbre derivado de la

innovación que se pretende explica la previsión del artículo 99.1 de la LCSP, que establece para estos casos que el mismo (aunque "deberá ser determinado", como en el resto de contratos):

> Se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

Otro de los aspectos que obligatoriamente debe recoger el pliego son los criterios de solvencia técnica y económica. En los procesos de CPI se ha de velar por mantener el equilibrio entre la exigencia de unos requisitos de solvencia que permitan la participación de las empresas experimentadas y con capacidad innovadora que verdaderamente puedan aportar soluciones, pero sin que tales exigencias supongan un obstáculo a la PYMES o micro PYMES con alta capacidad innovadora (*start up*), pero con escaso bagaje profesional y generalmente poca experiencia como empresa.

Respecto de los criterios de adjudicación, la LCSP exige que estén vinculados con el objeto del contrato, por lo que en los procedimientos CPI en los que el objeto del contrato no está del todo definido se hace especialmente complejo establecer con exactitud dichos criterios. Por ello, en estas licitaciones será generalmente aplicable la regla establecida en el artículo 145.3, que contiene los supuestos en los que resulta obligatoria la aplicación de más de un criterio de adjudicación en los que hasta tres de estos supuestos concuerdan con los elementos que se pueden encajar perfectamente en licitaciones CPI:

a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores.
b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.
c) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

Lo normal es entender que la limitación afecta a los criterios de adjudicación que se han de tener en cuenta para seleccionar la oferta con la mejor relación calidad - precio (artículo 145.1 LCSP), que en ningún caso se pueden eliminar ni sustituir por otras ni variar su ponderación a lo largo del proceso negociador, entendemos que sí debe estar permitido negociar sobre los criterios de adjudicación. Una cosa es negociar sobre el precio del contrato y otra cosa es negociar si el precio del contrato se elimina como criterio de adjudicación o se altera su ponderación o la puntuación asignada en la valoración de las ofertas. Entendemos que lo primero está permitido y que lo segundo es lo que parece razonable que se prohíba, pues de ser así supondría una alteración de las reglas del juego y una desviación de la preceptiva vinculación de la administración a lo dispuesto en el pliego. De no ser esta la interpretación del alcance del referido precepto, la capacidad y margen de negociación quedarían prácticamente anulados, eliminado el elemento nuclear de este procedimiento que es la negociación.

Otra peculiaridad muy relevante de la CPI es la posibilidad de establecer el valor estimado del contrato mediante el recurso a precios provisionales, lo que expresamente prevé el artículo 102 de la LCSP[20], cuya fijación debería acompañarse de obligaciones del adjudicatario relativas al régimen de auditoría de costes y precios, consistente es un examen crítico y sistemático de los estados de costes del contrato; así como de una metodología de cálculo del beneficio, que los contratistas deberían someter al auditor para determinar el precio definitivo de los contratos adjudicados con precios provisionales en procedimientos negociados, diálogo

(20) Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado, de un diálogo competitivo, o de un procedimiento de asociación para la innovación, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.
En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos: a) El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio; b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones; c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.

competitivo y asociaciones para la innovación, contribuyendo a conseguir racionalidad y transparencia de las compras y la gestión del gasto público[21].

5.1.3. En especial, el procedimiento de Asociación para la Innovación

Como ha quedado dicho, la CPI no es un procedimiento de licitación. En principio cualquiera de los procedimientos regulados en la Ley puede ser utilizado para adjudicar un contrato de innovación, aunque por las razones advertidas, nos hemos decantado en estos casos por la preferencia por los procedimientos que incluyan negociación con los licitadores. Como antes apuntábamos, la Directiva y la LCSP prevén al efecto un procedimiento específico para la CPI: la asociación para la innovación, aun escasamente utilizado, probablemente por su gran complejidad.

Es de interés lo que señala el considerando 49 de la Directiva 2014/24/UE a propósito de este procedimiento específico:

> (…) debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. La asociación para la innovación debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación y los contratos deben adjudicarse únicamente basándose en la mejor relación calidad-precio, que es la más indicada para comparar las ofertas de soluciones innovadoras. En lo que respecta tanto a los proyectos de gran envergadura como a los proyectos innovadores de menor calado, la asociación para la innovación debe estar estructurada de tal manera que genere el necesario "tirón comercial", incentivando el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado.

Las ideas-fuerza que se extraen de las pretensiones de las Directivas son, de un lado la necesidad de que se delimite en la documentación preparatoria y que rija la licitación (con negociación) un nivel mínimo de prestaciones y máximo de costes; de otro, la necesidad de ponderar únicamente como criterio de valoración la mejor calidad precio, prescindiéndose, por tanto, por supuesto de solo el precio, pero también de otros elementos como los criterios medioambientales o sociales. Además, dado que se trata de buscar nuevos productos o servicios, lo que implica cierta inversión por parte de los operadores económicos, el proceso debe incentivar o facilitar el interés de éstos, vía abono de parte de los costes incurridos en caso de fracaso o mediante la salvaguarda de los derechos de la propiedad intelectual o industrial, por ejemplo, pero sin cerrar el mercado de cara al futuro.

Así, en el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, se añade que "Los poderes adjudicadores, por tanto, no deben utilizar las asociaciones para la innovación de tal manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada". Es por eso que, para evitar esos efectos, se intenta fomentar el establecimiento de asociaciones para la innovación con varios socios.

Aunque el procedimiento, que tiene carácter excepcional, implica -como es lógico- ciertas restricciones de la normal competencia (precisamente porque se trata de fomentar productos, bienes o servicios no existentes), debiendo asegurarse el órgano de contratación, a fin de evitar la pérdida del tiempo y de dinero, que los candidatos que participen y con los que se negocie realmente estén en condiciones de poder desarrollar posteriormente los prototipos resultantes.

Así el considerando 84 de la Directiva cuando explica las medidas de las Directivas de favorecimiento de pequeñas y medianas empresas y la necesidad de reducir el exceso de cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección (para lo que se crea el documento europeo único de contratación), explica que para las asociaciones para la innovación los poderes adjudicadores pueden aprovechar la posibilidad de limitar el número de candidatos invitados a presentar una oferta. Para el legislador europeo "Exigir la presentación de la documentación complementaria en el momento de seleccionar los candidatos que vayan a ser invitados podría estar justificado para evitar que los poderes adjudicadores inviten a candidatos que se muestren incapaces de presentar la documentación complementaria en la fase de adjudicación, privando de la participación a otros candidatos cualificados" (considerando 68 de la Directiva 2014/14/UE).

El artículo 31 de la Directiva se ocupa de regular este singular procedimiento de "Asociación para la innovación". El precepto

(21) *Véase* en Gómez, J.C. (2018). *La determinación del precio de los contratos públicos con base en el coste*. Wolters Kluwer.

parte de una convocatoria de licitación que tendrá en cuenta elementos cualitativos (no sólo el precio), en la que se filtra previamente a los candidatos, aunque se permita que cualquier operador pueda presentar una solicitud de participación. Así, por exigencia de la propia Directiva, en los pliegos debe determinarse:

a) La necesidad de un producto, servicio u obra innovadores (que no estén disponibles en el mercado). Especificándose de forma precisa la naturaleza y ámbito de la solución requerida.
b) Los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores, debiendo tratarse de criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. Es decir, los licitadores deben tener experiencia en la innovación.
c) Posibilidad y condiciones para rescindir la asociación para la innovación en cada fase o, si hubiera varios socios, reducir su número mediante la rescisión de los contratos individuales.
d) El criterio de selección, que será la mejor calidad-precio.
e) Las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En cuanto al procedimiento, se inicia con la criba de las solicitudes de participación. Una vez seleccionados los candidatos participantes, que podrán ser varios que efectúen por separados actividades de investigación y desarrollo, la asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que partirán desde la creación de conocimiento hasta su aplicación para convertirlo en un producto o un servicio que incorpore nuevas ventajas para el mercado, o a la mejora de los procesos productivos, y a facilitar la introducción del producto o servicio resultante en el mercado, pudiendo llegar en el mejor de los casos hasta la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras, pero -para el caso de que así no ocurriese- se establecerán unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Para evitar un incremento absurdo de costes, en las condiciones fijadas en los pliegos, llegados a cada fase, podrá rescindirse toda la operación o reducirse el número de candidatos que continúen en la siguiente fase.

Por exigencias de la Directiva, el procedimiento se inspirará en la licitación con negociación, por ello -con pleno respeto al principio de igualdad de trato y confidencialidad- los licitadores podrán mejorar el contenido de las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva. Igualmente, podrán articularse fases sucesivas o eliminatorias.

Pero, más allá de las previsiones generales sobre negociación y selección, en las que se contempla que los operadores económicos a los que invite el poder adjudicador tras evaluar la información solicitada serán los que presenten los proyectos de investigación e innovación, el artículo 31 no determina de forma clara y ordenada cómo ha de articularse o materializarse el procedimiento.

Finalmente, el artículo 31 de la Directiva establece que el poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.

5.2. El problema de la confidencialidad en torno a la I+D+i

El principio de confidencialidad de la contratación pública y su confrontación con la publicidad y la transparencia del procedimiento ha sido un tema más controvertido en el ámbito del Derecho de la contratación pública, especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT)[22]. Esta colisión de principios tiene una especial relevancia en la CPI, debido al objeto característico de estos contratos.

Para garantizar el equilibrio entre la confidencialidad de los expedientes y el derecho de acceso a los mismos por cualquier persona, física o jurídica, que tenga interés legítimo en ello, es preciso partir de la debida confianza mutua entre el órgano contratante y los interesados. Es conocida la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 29 de enero de 2013, asunto T-339/10, *Cosepuri/EFSA*, entre otras, donde afirma que:

(22) *Véase*, con carácter general, en Razquin, M. (2013). *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*. Iustel.

> Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

Efectivamente, los licitadores tienen que estar tutelados por la confianza recíproca de forma que se les garantice que la información suministrada al poder adjudicador no será transmitida a terceros, ni al público en general, sin su consentimiento expreso.

En el plano interno, la LCSP prevé un tratamiento igualitario, no discriminatorio y ajustado a los principios de transparencia y proporcionalidad permitiendo a las empresas licitadoras el acceso a los documentos obrantes en el expediente de contratación con el límite del respeto a la confidencialidad (artículo 132).

Asimismo, la legislación de Transparencia exige a la Administración Pública el efectivo cumplimiento de la transparencia a la hora de informar sobre sus actividades. Parece que la regla general radica en facilitar la máxima información a los licitadores siempre y cuando se mantengan incólumes los límites de la confidencialidad regulada en el artículo 133 de la LCSP (artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE). El citado precepto impone que la protección de la información confidencial no sea absoluta de forma que admita una declaración genérica de confidencialidad al arbitrio del licitador, pues ello dejaría sin contenido los principios de publicidad y transparencia.

Los Tribunales Administrativos especiales en materia de contratación se han pronunciado limitando las pretensiones de confidencialidad de las empresas. Concretamente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución Núm. 62/2012, de 29 de febrero, sostuvo que:

> En el caso que nos ocupa, la adjudicataria del contrato, ha señalado confidencial la totalidad de la documentación que compone su proposición (sobre1 de documentación administrativa; sobre 2 de solvencia técnica, económica y financiera; sobre 3 de documentación técnica, y; sobre 4 de proposición económica) sin referirse por tanto a los aspectos concretos de su oferta que debieran ser mantenidos bajo secreto, pues, según parece, considera que toda su documentación tiene el carácter de secreta y por tanto confidencial. A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 124.1 de la LCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 135.4 de la propia LCSP (artículo 151.4 TRLCSP).

De ello puede deducirse una regla general prohibitiva de las declaraciones de confidencialidad que comprendan la totalidad de la documentación, ya que suponen una contradicción evidente con la publicidad y la transparencia que deben regir en todo procedimiento de contratación y con las que el principio de confidencialidad ha de contrastarse en términos de proporcionalidad.

Por tanto, para realizar una declaración de confidencialidad conforme a los principios de la contratación pública será conveniente conocer qué tipo de información es susceptible de ser calificada como tal. De acuerdo con lo anterior, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, Núm. 196/2016, de 11 de marzo de 2016, delimita el concepto y los requisitos para que la información sea considerada como confidencial, declarando así que:

> En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. La confidencialidad deriva de la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, de modo que, como señala el acuerdo del TACP Madrid 106/2015 los requisitos para calificar de confidencial la documentación presentada por los licitadores son los siguientes:
>
> a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa,
> b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros,
> c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado, y,
> d) que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia.

La información podrá estar amparada por el régimen de confidencialidad cuando estando relacionada con un secreto técnico o comercial, ésta suponga una ventaja

competitiva para el licitador, no esté expuesta al dominio público y disponga de valor estratégico. Y ello siempre que la reserva de tal información no vulnere los principios de publicidad y transparencia.

Esta definición se aproxima mucho a la naturaleza de los bienes y servicios pretendidos por el órgano contratante en los procesos de CPI. Tratando de resolver problemas actuales con soluciones innovadoras cuyo desarrollo requieren de I+D+i, las dos modalidades de CPI precisarán de una documentación que puede ser singularmente valiosa para el mercado en virtud del carácter innovador del objeto del contrato.

Por ello, podemos decir que toda la información relacionada con la investigación tecnológica y el desarrollo experimental (prototipos y modelos industriales, patentes, marcas, diseños, fórmulas y compuestos químicos, know-how, campañas publicitarias estratégicas) requerirá de un alto nivel de confidencialidad pues, en caso de ser reveladas, el empresario corre el riesgo de ver frustradas sus expectativas de negocio.

En orden a evitar la revelación de la información, corresponde al licitador la carga de probar que cierta documentación entra dentro del concepto de secreto técnico o comercial y cumple los requisitos antes expuestos. En apoyo a esta tesis se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, Número 710/2016, de 16 de septiembre, que afirma que:

> Si bien la carga de precisar qué elementos de la oferta son confidenciales recae sobre el ofertante, el órgano de contratación -en aras de la transparencia y para evitar la indefensión de otros licitadores interesados- no tiene por qué admitir sin más el ámbito de confidencialidad declarado por el ofertante, sino que debe reducirlo, si el licitador ha extendido la confidencialidad a elementos de su oferta que no deban tener esta cualidad; tanto más cuando en el momento de presentación de la oferta el licitador no hizo declaración de confidencialidad alguna.

Aunque la carga probatoria de la confidencialidad pertenezca al licitador, será la Administración la que tenga la última palabra sobre el carácter de la información debiendo reducir, e incluso denegar, la solicitud en aquellos supuestos en los que la falta de revelación de la documentación lesione la publicidad y la transparencia de la contratación pública.

Finalmente, el gestor público tendrá que realizar una ponderación de los intereses en juego sacrificando en cada caso el derecho de acceso o el interés en la confidencialidad según el carácter de la información y los riesgos que entrañe su revelación.

5.3. El reparto de beneficios y riesgos en los contratos de CPI

Dada la complejidad del objeto de los contratos de CPI y la indeterminación inicial del bien o servicio, la modulación convencional por las partes en la regulación del riesgo y ventura del empresario resulta esencial en este tipo de contratos. Poco éxito y capacidad de incentivación tendrían estas políticas de fomento de la innovación si se le impone exclusivamente a la empresa adjudicataria la asunción de todos los riesgos derivados de I+D+i.

Frente al reparto de riesgos y beneficios entre comprador público y agente del mercado se erige uno de los principios más característicos del contrato administrativo consistente en que los contratos públicos se ejecutan a riesgo y ventura de la empresa adjudicataria excluyendo a la Administración de la asunción de cualquier riesgo devenido en la relación contractual, por asumir el contratista una obligación de resultados. En puridad, el sentido del riesgo y ventura de los contratos públicos radica justamente en la exclusión de la fuerza mayor como causa justificante del contratista a diferencia del régimen general de exclusión de responsabilidad de las partes por riesgos imprevistos o inevitables del artículo 1.105 del Código Civil.

Una aplicación estricta del riesgo y ventura conforme al artículo 197 de la LCSP puede suponer un obstáculo al desarrollo de la CPI ("La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239"). Pese a ser la regla general, tanto la normativa como la jurisprudencia han ido introduciendo excepciones principalmente relacionadas con los contratos de concesión. En concreto, las excepciones o modulaciones de riesgo y ventura del empresario encuentran su fundamento en los clásicos supuestos de modificación del objeto del contrato pro el ejercicio del *ius variandi* de la Administración, que generan compensación al contratista; los supuestos de ruptura sustancial de la economía del contrato por causa imputable a la Administración o como consecuencia del *factum principis;* así como los supuestos de fuerza mayor o la aparición de circunstancias imprevisibles y externas a la relación contractual cuya aparición traiga consigo la quiebra del equilibrio económico del contrato, de tradicional aplicación al ámbito de las concesiones.

Pero este marco conceptual clásico puede mostrarse inoperante o insuficiente para la CPI. Ciertamente, la investigación tecnológica y el desarrollo experimental aplicable a las soluciones innovadoras contratadas por la vía de la CPI comportan riesgos imprevisibles que quedan fuera del alcance del contratista y que están en la esencia misma de la innovación, pues la CPI tiene -por definición- un objeto total o parcialmente indeterminado y de incierto cumplimiento, que en el caso de la CPP es tan notable que determina la exclusión de esta modalidad de CPI de la LCSP y la compartición de riesgos entre Administración y contratista.

La mayor o menor indeterminación inicial del objeto, el cual se irá concretando a medida que se vaya desarrollando el proceso de I+D, se traduce en una imprevisibilidad de los riesgos real y ajena al buen o mal hacer de las partes. Los riesgos imprevisibles del contrato serán calificados como tal siempre que adjudicador y adjudicataria hayan actuado de buena fe y se haya aplicado un grado razonable de previsión. Por eso, aquí han de apurarse al máximo las posibilidades de la teoría del riesgo imprevisible, en el entendimiento de que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y la aplicación del riesgo imprevisible en ningún caso puede suponer una cobertura total de los riesgos para el adjudicatario de tal forma que produzca la inversión o completa desaparición del principio de riesgo y ventura propio de la contratación pública.

No obstante, los riesgos de todo proceso creativo de I+D+i tienden a ser imprevisibles y muchas veces ajenos a las partes contratantes. De ahí el interés de acredita en los Pliegos que el objeto y desarrollo del contrato está condicionado a la búsqueda de una solución inexistente y, por otro lado, que la solución innovadora pretendida va a ser desarrollada mediante técnicas aplicativas de I+D+i, que implica siempre una cierta incertidumbre sobre el resultado. Ciertamente, en la CPI la imprevisibilidad de los riesgos puede derivar bien de la propia indeterminación del producto o servicio, bien de la ejecución de los procesos de I+D+i. De hecho, los riesgos derivados de proyectos innovadores suelen ser muy elevados y precisan de una participación conjunta, siendo muy improbable que los resultados sean positivos cuando sólo uno de los inversores se ha hace responsable de todos los costes que entraña la I+D+i.

La compartición de riesgos y la modulación del principio de riesgo y ventura, así como la posible participación de la Administración en los derechos derivados de la generación de un producto o servicio innovador hace que en los CPI cobre especial interés, más allá de la habilitación que puedan contener los Pliegos, el clausulado del contrato que resulta de la adjudicación, de modo que en él pueda plasmarse de modo claro el control del grado de satisfacción -del éxito funcional-, obtenido por un producto o servicio innovador o mejorado, la modulación de los riesgos en razón de los anterior, así como el posible repartos de beneficios Administración/contratista en proporción al reparto de los riesgos acordado. Lo que se pretende, en suma, es que las partes acuerden un régimen equitativo de los riesgos y los resultados derivados de I+D+i en base al principio de libertad de pactos que actualmente recoge el artículo 34 de la LCSP.

La distribución equitativa de los riesgos y los beneficios de CPI no pretende revestir al adjudicatario de una cobertura total frente a los costes del contrato, sino de mitigar el desequilibrio natural de las prestaciones en la contratación de soluciones innovadoras inexistentes en el mercado.

La imprevisibilidad de la CPI parte de su propio objeto, el cual será desarrollado íntegramente en proyectos de CPP, y partirá de prototipos o modelos ya creados en CPTI, permite afirmar que los riesgos a asumir por las partes serán muy altos. Por ello, la Administración Pública y el sector privado deberán ejecutar los contratos de CPI bajo acuerdos que garanticen el equilibrio de fuerzas de las partes, en los que asuman, individual y proporcionalmente, los costes estimados del contrato y soporten conjuntamente los riesgos imprevisibles derivados del proceso de I+D+i y de la propia naturaleza de la contratación de innovación.

El éxito de la CPI depende en gran parte del reparto de los riesgos, pues ello constituye un incentivo para que las empresas apuesten por la innovación con la garantía de que no estarán solas en el proyecto, sino que contarán con el apoyo del socio más fiable, la Administración Pública. Consecuentemente al régimen compartido de los riesgos, el comprador público y la empresa disfrutarán conjuntamente de los beneficios obtenidos en los proyectos de CPI, sin que la Administración tenga que reservarse para sí los resultados de la I+D+i. Asimismo, tampoco tiene por qué apropiarse exclusivamente al empresario el uso y disfrute del bien o servicio innovador, que en los supuestos de “asociación para la innovación” es dable.

Ciertamente, la CPI constituye una oportunidad para que la autoridad contratante y el empresario se beneficien de los resultados de I+D+i, si bien, es necesario prevenir que

el primero caiga en la tentación de reservarse los derechos de propiedad industrial e intelectual y el segundo perjudique a la Administración en la explotación de tales derechos. No obstante, la práctica habitual en la contratación pública a la hora de regular la propiedad industrial e intelectual choca con lo que venimos diciendo sobre la conveniencia de procurar un reparto equitativo de los beneficios de la CPI, ya que el órgano de contratación tiende a reservarse dicha propiedad con independencia de quién y cómo se haya generado y del uso que el mismo vaya a hacer.

La reserva exclusiva de la propiedad industrial e intelectual por la Administración fue objeto de crítica en el Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos del Ministerio de Hacienda para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública de 2004, donde ya se afirmaba que:

> La exigencia de los pliegos de que el órgano de contratación adquiera todos los derechos de propiedad intelectual, puede estar ocasionando un coste adicional para el contratista, con su consecuente reflejo en el precio del contrato, además de poder ser un obstáculo a la capacidad de innovación del contratista que se basa en conocimientos adquiridos previamente.
>
> Así pues, se considera recomendable establecer como criterio general que, en aquellos contratos de los que dimanen derechos de propiedad intelectual, el esquema de asignación de aquella sea el establecido en la legislación de la propiedad intelectual. Las alteraciones a dicho principio, derivadas de las posibles necesidades de los órganos de contratación de adquirir dichos derechos, es conveniente que se establezcan de forma diferenciada en los pliegos de cláusulas particulares al objeto de su valoración independiente.

El mencionado Informe recomienda la aplicación de la normativa sobre propiedad industrial e intelectual con un tratamiento diferente y autónomo al resto de aspectos regulados en los pliegos. Junto a ello, detecta un doble inconveniente en la reserva de los derechos a favor del órgano de contratación: el coste adicional y la reducción de la capacidad de innovación del contratista.

Ante tales inconvenientes y con el fin de fomentar la innovación empresarial, la Administración debe propiciar que puedan compartirse los resultados del contrato materializados en los derechos de propiedad industrial e intelectual que dimanan del proceso de desarrollo tecnológico y la innovación experimental. El gestor público compartirá los resultados de I+D+i con las empresas adjudicatarias mediante la publicación, normalización y comercialización del bien o servicio innovador. Asimismo, el poder adjudicador deberá prevenir que la concesión de estos derechos a las empresas no constituya ninguna forma de ventaja injusta, ni tampoco perjudique a los proveedores, especialmente a las PYME[23].

Respecto al objeto sobre el que recae la propiedad intelectual e industrial, podemos diferencias tres concretos ámbitos en la CPI:

1. Las tecnologías aportadas con carácter previo a la puesta en marcha del proceso de I+D+i. Las propiedades que tienen las partes antes de la formalización del contrato reciben la denominación de *background* y, en principio, no forman parte del objeto del contrato. Ahora bien, si la solución a desarrollar o *foreground* precisa de la aportación de *background* será conveniente incluir en el contrato una licencia no exclusiva e ilimitada de éste último que permita a la empresa desarrollar el proceso de I+D sin tener que pedir permiso a la Administración y viceversa.
2. Los bienes o servicios objeto de la contratación y las tecnologías desarrolladas. Como regla general, los derechos de propiedad industrial e intelectual serán retenidos por la empresa, salvo que existan determinadas razones de interés general que lleven al comprador público a conservar tales derechos durante un período de tiempo determinado, como por ejemplo cuando la CPI consista en la contratación de soluciones innovadoras aplicables a la seguridad del Estado.
3. El uso y disfrute de los nuevos bienes o servicios y las tecnologías desarrolladas. Los operadores económicos serán los titulares de los resultados del contrato de CPI mientras que al órgano de contratación le corresponderá un derecho de uso limitado en el tiempo. El derecho de uso y disfrute de la Administración sobre los bienes, servicios y tecnologías derivados del contrato podrá traducirse en un canon o *royalty* a cargo del adjudicatario. La cuantificación de dicho canon variará en función de los resultados de explotación obtenidos.

Otra fórmula a considerar puede consistir en una reducción de precios respecto del coste de desarrollo exclusivo que refleje el

(23) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles", pp. 7 y ss.

valor de mercado de los beneficios y los riesgos asumidos por la adjudicataria. En este supuesto, la empresa se compromete a suministrar los bienes o servicios a un precio rebajado como contraprestación a la autoridad adjudicadora por actuar como cliente de lanzamiento.

Igualmente, las partes podrían acordar la inclusión de cláusulas de mejor fortuna a partir de las cuales, el comprador público recibirá en concepto de compensación las plusvalías que se vayan generando por las transmisiones sucesivas a terceros de los derechos de propiedad industrial e intelectual.

Como mecanismo de control, los Pliegos podrán contemplar una cláusula de rescate de los derechos de propiedad industrial e intelectual a favor del órgano contratante en caso de que se verifique que la empresa no ha llevado a cabo ningún tipo de actividad tendente a la explotación comercial. El rescate tendrá efecto una vez haya transcurrido el plazo pactado en el propio pliego, que normalmente suele comprender dos o tres años.

Finalmente, también cabe la posibilidad de que el comprador público reciba la compensación pasando a formar parte del capital social de la empresa adjudicataria según dispone el artículo 56.1 de la Ley de Economía Sostenible. Las partes podrán concertar esta fórmula siempre que se haya contratado con organismos públicos de investigación, universidades públicas, fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales u otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado.

6. Conclusiones

Los procedimientos de Compra Pública de Innovación (CPI) no siguen las pautas ordinarias de la contratación pública. En estos casos, tanto la preparación y adjudicación del contrato como su ejecución han de adaptarse a una forma de comprar que se basa en unas premisas singulares que en buena medida cuestionan los principios clásicos de la contratación: objeto cierto, precio determinado, inmediatez y corto plazo, riesgo y ventura del empresario; evolucionado hacia modelos en los que prima la negociación con el mercado y el reparto de riegos ante la incertidumbre que inevitablemente conlleva la adquisición de innovación.

Desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable al contrato, debe distinguirse entre compra pública pre-comercial (CPP) y compra pública de tecnología innovadora (CPTI). La CPP es un contrato de servicios de I+D+i que requieren un alto desarrollo tecnológico, por lo que el riesgo de la inversión y la incertidumbre sobre el resultado es alto. En este tipo de contratos se comparten habitualmente los riesgos, de modo que el comprador no se reserva la propiedad los resultados y comparte con el contratista las inversiones y los riesgos y beneficios derivados del proceso de creación, desarrollo y ejecución de soluciones inexistentes hasta el momento en el mercado, lo que explica su exclusión de la legislación de contratos públicos, donde este esquema sinalagmático no tiene encaje natural. Frente a ello, la CPTI consiste en la contratación de un bien o servicio innovador, pero cuyo desarrollo y ejecución puede llevarse a cabo en un período de tiempo razonable a partir de modelos o prototipos preexistentes. El objeto de esta compra es la adquisición de tecnología nueva o mejorada que ya ha pasado algún proceso previo de I+D+i. La diferencia entre una y otra modalidad de compra de innovación tiene un tratamiento diferente desde la perspectiva de la aplicación de la legislación de contratos del sector público, por cuanto la primera de las referidas modalidades, la CPP es, en principio, un contrato excluido de la de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, salvo que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y, además, el servicio prestado sea remunerado íntegramente por aquel.

No obstante, ambas modalidades de CPI comparten características y elementos comunes, relativos a las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato.

Entre las actuaciones previas, el órgano de contratación podrá establecer su programa de compras de innovación a partir de "mapas de demanda temprana", realizar consultas preliminares al mercado, organizar el *meet the market event* a fin de identificar y agregar la demanda, e incluso gestionar ofertas no solicitadas de bienes o servicios desconocidos por la Administración Pública.

Asimismo, una CPI conlleva singularidades de la preparación y adjudicación del contrato y en la elaboración de los Pliegos, las prescripciones técnicas del servicio o producto que se pretende adquirir, que no pueden ser normalizados sino específicos para operación concreta de compra, lo que hace muy aconsejable disponer del auxilio Oficinas técnicas, prescripciones funcionales y determinación abierta del precio a partir de previos provisionales que se van conformando mediante una metodología de *open book*, que debería venir acompañada de una auditoría específica de costes.

Por otra parte, todo proyecto que tenga por resultado tecnología nueva o mejorada requiere de un tratamiento anticipado de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Por ello, el ente adjudicador y la empresa puede acordarse un régimen de propiedad compartido sobre la tecnología y el bien o servicio resultante.

La participación de empresas en los procedimientos de contratación siempre conlleva el debido respeto a la confidencialidad y secreto de la información empresarial. Lógicamente, este deber de confidencialidad por parte de los contratantes aumenta su nivel de exigencia cuando se trata de proyectos relacionados con nuevas tecnologías e I+D+i, de forma que en proyectos de CPI en razón del objeto creativo e innovados del contrato y la participación de una pluralidad de licitadores en el proceso de negociación.

Finalmente, en los contratos de CPI el principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato requiere modulaciones de principio general de imputar todo el riesgo a cuenta exclusiva del empresario que recoge de forma prácticamente incondicionada el artículo 197 de la LCSP. La necesaria interacción entre el órgano de contratación y el empresario contratista a la hora de contratar innovación obliga a una mayor flexibilidad respecto al riesgo y ventura de los contratos públicos, donde debería contemplarse por vía de principio un régimen compartido de los riesgos y los beneficios derivados del proyecto.

Referencias bibliográficas

Barbío de Pablos, L., Carrillo, J., Gómez, G., Mesa, M., Millán, C., Montes, F. & Tarancón, J. (eds.). (2019). *La compra pública de innovación en la contratación del sector público*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Bernal, M. A. (2017). Compra pública de innovación: una aproximación pro-competitiva. En Guillén, J. & Hernando, M. (coord.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: pultimas aportaciones desde el derecho administrativo* (pp. 83-105). Civitas Reuters.

Gallego, I. (2018). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación Administrativa: Nueva Época, 4*, 92-113. https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10497

Gimeno, J. M. (2013). Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública. *Revista española de Derecho Administrativo*, *159*, 39-106.

Gómez, J. (2018): *La determinación del precio de los contratos públicos con base en el coste*. Wolters Kluwer.

Guerrero, C. (27 de abril de 2020). ¿Compra pública de innovación en tiempo de COVID-19? Observatorio de los contratos públicos 2019. Consultado el 13 de febrero de 2021. http://www.obcp.es/opiniones/compra-publica-de-innovacion-en-tiempo-de-covid-19-la-utilizacion-de-las-consultas

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. (2012). *Régimen derivado de los contratos I+D,* (Informe 13/11). Ministerio de Hacienda.

Ministerio de Ciencia e Innovación. (2021). *Estrategia española de Ciencia, Tecnología e Innovación*. Ministerio de Ciencia e Innovación.

Miño, A. (2014). La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. En J. Pernas (coord.), *Contratación pública estratégica,* (pp. 214-248). Aranzadi Thomson Reuters.

Murillo, L. (2013). Compra pública innovadora: fomentando la innovación por el sector público. *Actualidad Jurídica Aranzadi, 868*, 6.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos & Oficina de Estadística de las Comunidades Europeas. (2005). *Manual de Oslo. Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación.* (3.a ed.). OCDE.

Peñate, C. & Sánchez, M. (2018). La compra pública innovadora. Análisis regional de la experiencia española. *Journal of Regional Research*, *40*, 79-107.

Pernas, J. (2014). *La contratación pública estratégica*. Editorial Aranzadi.

Rastrollo, J. (2019). Las conexiones entre contratación administrativa e innovación. *Revista de Administración Pública*, *208*, 450-453.

Tardío, J. (2016). La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia. *Revista Española de Derecho Administrativo*, *181*, 267-295.

Valcárcel, P. (2018). La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación. *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, *153*, 56-68.

Vazquez, F. (2019). Compra pública de innovación. Avanzando hacia la compra pública estratégica. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, *159*, 8.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.003

El Buen Gobierno en las Contrataciones del Estado: La metodología del Total Cost of Ownership como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas(*)(**)

Good Governance in Government Procurement: The Total Cost of Ownership Methodology as a proposal to improve the determination and application of bid evaluation factors.

Carlos David Alberto Castro Barriga(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Luis Fernando Villavicencio Benites(****)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Las normas que regulan el ciclo de la contratación pública otorgan un amplio margen de discrecionalidad para determinar los factores de evaluación, siendo el precio el único obligatorio entre otros de carácter facultativo. La aplicación de principios de buen gobierno puede contribuir a un adecuado ejercicio de la discrecionalidad conferida aplicando instrumentos, tales como la metodología denominada *Total Cost of Ownership,* que permitan justificar técnicamente la elección de determinados factores de evaluación con la finalidad de garantizar una adecuada relación calidad-precio.

Palabras clave: Contrataciones del estado - Valor por dinero - Ciclo de vida útil - Calidad como criterio de adjudicación - Factores de evaluación - *Total Cost of Ownership* - Buen gobierno - Buena administración - Principio de eficacia

Abstract: The rules governing the public procurement cycle grant wide discretion to contracting authorities to determine the award criteria, with price being the sole mandatory award criterion among others of optional character. The application of principles of good governance may contribute to steer the authorities´ discretion by applying instruments and methodologies, such as the so-called Total Cost of Ownership, which allow technically justify the selection of the award criteria with the aim to guarantee an adequate balance between quality and price.

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 10 de abril de 2021 y su publicación fue aprobada el 5 de junio de 2021.

(**) El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Grupo de Investigación en Derecho y Gobernanza Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú (DerGov-PUCP).

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctor (PhD) en Derecho Público y Gobernanza Regulatoria por la Universidad de Utrecht (Países Bajos). Docente de la Facultad de Derecho y coordinador del Programa de Segunda Especialidad (PSE) en Derecho Público y Buen Gobierno de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Gobernanza Pública de la PUCP (DerGov-PUCP). ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8763-8418. Correo electrónico: cdcastro@pucp.edu.pe.

(****) Abogado por la PUCP, Máster en Contratación Pública por la Universidad Castilla – La Mancha. Titulado en los PSE de la PUCP en Derecho Administrativo y Derecho Público y Buen Gobierno. Profesor adjunto del PSE de Derecho Público y Buen Gobierno. Secretario Arbitral Senior del Centro de Arbitraje de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Gobernanza Pública de la PUCP (DerGov-PUCP). ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7386-8968. Correo electrónico: lfvillavicenciob@pucp.edu.pe.

Keywords: Public procurement - Value for money - Life-cycle costing - Quality as award criterion - Award criteria - Total Cost of Ownership - Good governance - Good administration - Principle of effectiveness

1. Introducción

Uno de los problemas que enfrenta la contratación pública en el país es la complejidad de los procedimientos de selección, debido, entre otros aspectos, a que las normas que regulan el ciclo de la contratación pública otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los funcionarios públicos para determinar los factores de evaluación sin establecer una metodología que permita justificar la elección de estos. Asimismo, dichas normas disponen que el precio es el único factor de evaluación que debe ser considerado de manera obligatoria, entre otros de carácter facultativo.

Ello origina que en muchos casos los funcionarios responsables del procedimiento de selección, que suelen estar muy poco capacitados en la materia, hagan un ejercicio inadecuado de la discrecionalidad conferida al incluir exigencias demasiado altas en comparación con las reales necesidades del proyecto de contratación. Esto deriva en procedimientos poco transparentes e ineficientes, generando además costos ocultos.

De manera concreta, no existe una obligación de motivar y/o justificar técnicamente la elección de determinados factores de evaluación en el ciclo de la contratación pública, situación que se traduce en dos problemas: (i) la excesiva preponderancia del precio como factor de evaluación, lo que origina que el Estado no siempre pueda seleccionar la oferta más ventajosa económicamente con relación al fin público que se persigue; y, (ii) el empleo de los factores de evaluación para el direccionamiento del procedimiento de selección con la finalidad de favorecer a un determinado postor. Ello va en detrimento de la igualdad de trato y la simetría de información para los potenciales postores, tanto durante la preparación como en la evaluación de ofertas (OCDE, 2017, p. 114).

La contratación pública, al ser una manifestación de la actuación administrativa del Estado que involucra directamente la ejecución del presupuesto público para la satisfacción del interés general, debe realizarse con sujeción no sólo al principio de legalidad, sino también respetando los principios de transparencia, eficacia, rendición de cuentas y ética pública, así como garantizar un adecuado ejercicio de las facultades discrecionales que en materia de contrataciones la regulación ha conferido a las entidades públicas. Todos ellos, parámetros de actuación que derivan del principio de buen gobierno contenido implícitamente en los artículos 39 y 44 de la Constitución.

Es por ello que en la presente investigación se propone la aplicación de la metodología denominada *Total Cost of Ownership* para una adecuada determinación de los factores de evaluación con la finalidad de garantizar una adecuada relación calidad-precio en las contrataciones públicas. El objeto es contribuir a que estas sean lo más trasparentes y eficientes posible logrando la mayor ventaja para el Estado.

2. Regulación de los factores de evaluación de ofertas en las etapas del ciclo de la contratación estatal:

El artículo 76 de nuestra Constitución Política, dispone que las obras y 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. Es decir, el mencionado artículo recoge la obligatoriedad del uso de procedimientos de selección para las compras públicas. Estos procedimientos están establecidos en la Texto único Ordenado de la Ley 30225[1], Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, TUOLCE) y su Reglamento[2] (en adelante, el Reglamento del TUOLCE).

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que la función constitucional del citado artículo 76 consiste en determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial 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

(1) Aprobado mediante Decreto Supremo 082-2019-EF, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019.
(2) Aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2018.

justo e igualitario a los potenciales proveedores (STC EXP. 020-2003-AI/TC. Fundamento jurídico 12). Su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado (Chanamé, 2015, p. 522).

Ahora bien, el ciclo de la contratación estatal se divide principalmente en tres etapas: (i) actos preparatorios; (ii) procedimiento de selección; y (iii) ejecución contractual. De forma resumida, exponemos el alcance de cada una de las etapas que conforman el mencionado ciclo:

i) Actos preparatorios: Inicia con la elaboración del Plan Anual Institucional y el Plan Anual de Contrataciones. En esta etapa se lleva a cabo la elaboración de los requerimientos, se determinan las necesidades públicas que debe satisfacer la Entidad, y se realiza el estudio o las indagaciones de mercado. Asimismo, se diseñan las bases administrativas del procedimiento de selección, documento que incluye los requisitos mínimos que deben cumplir los aspirantes a contratistas, los términos de referencia, los factores de evaluación, los requisitos de calificación, entre otro.

ii) Procedimiento de selección: La etapa del procedimiento de selección tiene lugar con la convocatoria de este y la publicación de las bases administrativas, ambos actos a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). En esta etapa los participantes pueden realizar consultas y observaciones a las bases, las mismas que deberán ser absueltas por la Entidad convocante. Una vez que queden firmes las bases, estas tendrán la denominación de bases integradas. Posteriormente, los participantes podrán presentar sus ofertas para que estas sean admitidas y calificadas. Esta segunda etapa culmina con el otorgamiento de la buena pro.

iii) Ejecución contractual: La etapa de ejecución contractual inicia con la suscripción del documento que lo contiene, luego de que el adjudicatario presente los documentos necesarios para su formalización. En esta etapa el postor que obtuvo la buena pro, deberá cumplir con todas las obligaciones contractuales establecidas en las bases y demás documentos del procedimiento de selección, hasta la finalización del plazo de ejecución. Cabe señalar que la vigencia del contrato será hasta la entrega de la constancia de conformidad del servicio.

Para efectos del presente trabajo, se analizará la regulación de los factores de evaluación en las etapas correspondientes a los actos preparatorios y al procedimiento de selección.

2.1. Actos preparatorios y factores de evaluación

Como puede observarse el ciclo de la contratación pública inicia con los actos preparatorios. Estos preceden al procedimiento de selección e incluyen las siguientes actividades: el apoyo técnico al área usuaria para la elaboración de sus requerimientos, la elaboración del cuadro consolidado de necesidades, la elaboración del Plan Anual de Contrataciones (así como su modificación), el estudio de mercado, la gestión del expediente de contratación y la documentación del procedimiento, así como la conformación del comité de selección para la elaboración de las bases que incluyen la determinación de los factores de evaluación, entre otros (Opinión 050-2019-OSCE/DTN). Así, en la etapa de actos preparatorios se distinguen las siguientes fases, conforme se detalla en el Cuadro 1:

Cabe señalar que, de acuerdo a las Bases Estandarizadas para la convocatoria de procedimientos de selección, (en adelante, las Bases Estandarizadas) aprobadas mediante Directiva 001-2019-OSCE/CD, el órgano encargado de las contrataciones (OEC) o, en su defecto, el Comité de Selección[3], tienen la labor de determinar cuáles serán los factores de evaluación que se incluirán en las bases del procedimiento de selección. Pero ¿Qué debemos entender por estos factores? Los factores de evaluación[4] son aquellos elementos preestablecidos y públicos que permiten apreciar las ventajas de una oferta respecto de otras y discriminar entre las ofertas presentadas. Los factores que se suelen usar

(3) De acuerdo al artículo 43 del Reglamento del TUOLCE, para la Licitación Pública, el Concurso Público y la Selección de Consultores Individuales, la Entidad designa un comité de selección para cada procedimiento. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la Subasta Inversa Electrónica, la Adjudicación Simplificada para bienes, servicios en general y consultoría en general, la Comparación de Precios y la Contratación Directa. En la Subasta Inversa Electrónica y en la Adjudicación Simplificada la Entidad puede designar a un comité de selección o un comité de selección permanente, cuando lo considere necesario. Tratándose de obras y consultoría de obras siempre se designa un comité de selección.

(4) No debemos confundir a los factores de evaluación con los requisitos técnicos mínimos, los cuales son las exigencias racionales, objetivas y congruentes que constituyen el límite inferior o extremo que los postores deben acreditar y cumplir para poder postular a un contrato y que permiten asegurar que están en aptitud de poder ser proveedores de la Entidad, pero a su vez, que existen más de un proveedor potencial bajo esas condiciones (Morón, 2016, p. 427).

Cuadro 1. Actos preparatorios – Fases

Requerimiento	Indagaciones de Mercado	Presupuesto	Expediente de Contratación	Conformación del Comité de Selección	Aprobación de Bases	Convocatoria
- Definición del requerimiento - Remisión del requerimiento al Órgano encargado de las contrataciones y al operador logístico	- Búsqueda de fuentes - Identificación de proveedores - Remisión y recepción de Cotizaciones - Determinación del valor referencial o estimado	- Solicitud y aprobación de certificación presupuestal	- Determinación del tipo de proceso - Solicitud y aprobación del expediente de contratación	- Designación, instalación y reunión del Comité de Selección para elaborar las Bases que incluyen la determinación de los factores de evaluación	- Solicitud y aprobación de Bases	- Publicación de Bases y convocatoria en el SEACE

Fuente: Al Día – Revista Institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (2015, p. 7)

en las bases son los siguientes: el plazo de entrega de bienes, el plazo de implementación del servicio, garantía comercial, capacitación al personal, mejoras técnicas, personal propuesto, equipamiento, infraestructura, etc. (Morón, 2016, p. 427).

Con el fin de garantizar la transparencia, eficiencia y eficacia en las contrataciones públicas, los factores de evaluación deben de ser comprensibles y objetivos, por lo que debe existir preponderancia de criterios susceptibles de valorarse mediante cifras o porcentajes en fórmulas y no juicios de valor subjetivos (Morón & Aguilera, 2017, p. 125). Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en Sentencia del 17 de septiembre de 2002 ha señalado que los factores de evaluación deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas y estar estrictamente relacionados con el objeto de la contratación (TJUE, 2002, Asunto C-513/99. Apartado 52). Como se puede apreciar, los factores son parametros que se aplican para determinar de manera objetiva la asignación de puntajes para elegir la propuesta ganadora.

Al respecto, el Reglamento del TUOLCE establece en el artículo 51 que la Entidad debe evaluar las ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en los documentos del procedimiento, a fin de determinar la mejor oferta. Asimismo, dispone que en el caso de bienes y servicios en general, el precio es el factor de evaluación principal, pudiendo, adicionalmente, establecerse los siguientes factores: a) el plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios; b) aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras; c) garantía comercial y/o de fábrica; y d) otros factores que se prevean en las bases estándar(5).

Las Bases Estandarizadas, así como el "Tablero de Requisitos de Calificación y Factores de Evaluación" aprobado mediante Resolución 051-2019-OSCE/PRE, son instrumentos de gestión que tienen como función guiar a las Entidades Públicas en la determinación de los factores de evaluación que se incluirán en las bases, así como el puntaje que se asignará a cada uno de estos, de acuerdo a sus necesidades y al objeto de la contratación, para evaluar las ofertas que se les presenten. En el Cuadro 2 se detallan los factores de evaluación, y los puntajes correspondientes, en los procedimientos de

(5) Artículo 51.-
51.1. La Entidad evalúa las ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en los documentos del procedimiento, a fin de determinar la mejor oferta.
51.2. En el caso de bienes y servicios en general, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse los siguientes factores:
a) El plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios;
b) Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras;
c) Garantía comercial y/o de fábrica; y,
d) Otros factores que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE.
Los factores de evaluación señalados son objetivos (…).

contratación de servicios, bienes y obras, por ser estos los más usuales en las convocatorias de la Administración:

Como puede observarse del cuadro 2, los mencionados instrumentos establecen un rango de puntaje dentro del cual la administración debe incluir siempre al precio, siendo el único factor de evaluación de incorporación obligatoria, al cual incluso se le puede asignar un puntaje que va desde los 50 hasta los 100 puntos; es decir, puede representar el puntaje total del procedimiento de selección. Adicional y facultativamente, la administración puede considerar la inclusión de otros factores de evaluación, cuya puntuación máxima podría alcanzar los 50 puntos.

En pocas palabras, podemos observar que las Entidades Públicas poseen un alto grado de discrecionalidad en la elección, determinación y aplicación de los factores de evaluación. Sin embargo, la falta de justificación de la elección de los factores de evaluación para la adjudicación de ofertas a través del procedimiento de selección no siempre permite garantizar la mejor relación calidad-precio.

2.2. Los factores de evaluación en el procedimiento de selección

En primer lugar, debe señalarse que el procedimiento de selección de contratistas es un procedimiento administrativo de oficio y formalizado. Se trata de un procedimiento de oficio debido a que es promovido por una decisión de actuación propia de las autoridades públicas competentes, cumpliendo su deber de oficialidad inherente a su función, con el objetivo de tutelar el interés público y con el fin de satisfacer una necesidad propia de la administración. Por otro lado, se trata de un procedimiento formalizado en la medida que tiene una secuencia procedimental regimentada por la ley, de modo que posee un orden lógico formal prescrito en la norma que se impone rigurosamente al instructor del procedimiento y apareciendo de algún modo la regla de la preclusión procesal entre las fases del procedimiento (Morón, 2017, pp. 326 - 331).

Es así que, en el caso del procedimiento de selección, estructuralmente estaremos frente a un complejo de actos del administrado (por ejemplo, la observación de las bases y la presentación de la oferta) y la administración (por ejemplo, la convocatoria, la emisión de las bases, la aplicación de los factores de evaluación y la evaluación de las ofertas en base a estos últimos), vinculados por una finalidad común de interés público: la adjudicación de un contrato público que busca satisfacer una necesidad de bienes, servicios u obras de la administración en beneficio de la sociedad (Shimabukuro & Alejos, 2018, p. 65).

Como ha sido mencionando, este procedimiento administrativo inicia con la convocatoria, acto a través del cual la Administración pública, mediante la plataforma web del SEACE, entre otros, información relativa a: (i) La identificación de la Entidad convocante;(ii) La identificación del procedimiento de selección; (iii) La descripción básica del objeto del procedimiento; (iv) El valor referencial; y, (v) Las bases administrativas. Es importante recalcar que es en esta etapa que se difunden los factores de evaluación como parte de las bases del procedimiento, de tal manera que los postores están en la posibilidad de conocer los criterios mediante los cuales serán calificadas sus ofertas y definir su participación.

Es así que mientras en la etapa de los actos preparatorios se determina cuáles serán los factores de evaluación para la calificación de ofertas, es durante el procedimiento de selección que dichos factores son tomados en consideración como parte de la fase de instrucción del procedimiento para adoptar la decisión de a qué postor se adjudicará la buena pro. Por tanto, es en la aplicación de los factores de evaluación para la calificación de ofertas que estos criterios se operativizan como parámetros para orientar el ejercicio de la facultad discrecional de la administración en las contrataciones públicas.

Debe llamar la atención que, las entidades públicas poseen un alto grado de discrecionalidad en la elección y asignación del valor de los factores de evaluación. La discrecionalidad no es producto de los defectos de la regulación, sino de la existencia de normas que autorizan a la Administración a tomar una decisión configuradora y creativa, ponderando los diferentes intereses en juego, dentro del marco del ordenamiento jurídico, donde no solo encuentra su límite, sino también su orientación (Magide, 2001, p. 253).

No obstante, la falta de parámetros y criterios que orienten de manera más adecuada el ejercicio de esta prerrogativa no siempre permite alcanzar la finalidad pública que se busca tutelar a través de las compras estatales: el eficiente uso de fondos públicos. De este modo, al momento de que se ejercen estas facultades, se generan problemas que afecten la transparencia, eficiencia y eficacia de las contrataciones púbicas, con los consecuentes riesgos de corrupción. Dichos problemas se describen en el siguiente apartado.

Cuadro 2. Tablero de Factores de Evaluación en Bienes, Servicios y Obras

	Denominación	Puntaje	Condición
OBRAS	Precio	Min. 93 puntos	Obligatorio
		Min. 83 puntos (solo llave en mano)	
	Sostenibilidad ambiental y social	Max. 3 puntos	Facultativo
	Protección social y desarrollo humano	Max. 2 puntos	
	Integridad en la contratación pública (procedimientos de selección ≥ S/ 1,800,000.00)	Max. 2 puntos	
	Capacitación (solo llave en mano)	Max. 10 puntos	
BIENES	Denominación	Puntaje	Condición
	Precio	Min. 50 puntos	Obligatorio
	Plazo de entrega	Hasta 50 puntos	Facultativo
	Sostenibilidad ambiental y social	Max. 3 puntos	
	Protección social y desarrollo humano	Max. 2 puntos	
	Integridad en la contratación pública (procedimientos de selección ≥ S/ 400,000.00)	Max. 2 puntos	
	Garantía comercial del postor	Hasta 50 puntos	
	Disponibilidad de servicios y repuestos	Hasta 50 puntos	
	Capacitación del personal de la Entidad	Hasta 50 puntos	
	Mejoras a las especificaciones técnicas	Max. 10 puntos	
SERVICIOS	Denominación	Puntaje	Condición
	Precio	Min. 50 puntos	Obligatorio
	Plazo de prestación del servicio	Hasta 50 puntos	Facultativo
	Sostenibilidad ambiental y social	Max. 3 puntos	
	Protección social y desarrollo humano	Max. 2 puntos	
	Integridad en la contratación pública (procedimientos de selección ≥ S/ 400,000.00)	Max. 2 puntos	
	Garantía comercial del postor	Hasta 50 puntos	
	Capacitación del personal de la Entidad	Hasta 50 puntos	
	Mejoras a los términos de referencia	Max. 10 puntos	
	Sistema de gestión de la calidad	Max. 5 puntos	

2.3. Problemas identificados en las contrataciones públicas como consecuencia de la discrecionalidad para la determinación y aplicación de los factores de evaluación

Cuando la administración pública determina la elección y asignación del valor de los factores de evaluación está ejerciendo una potestad discrecional, toda vez que la entidad contratante tiene un alto margen de acción al momento de elegir cuáles serán los criterios que incluirá en su procedimiento de selección. Como ha sido señalado, salvo por el precio, el empleo de los demás criterios establecidos como factores de evaluación en el Reglamento del TUOLCE, las Bases

estandarizadas y el "Tablero de Requisitos de Calificación y Factores de Evaluación", son de uso facultativo.

Sin embargo, la falta de criterios que orienten de manera positiva el ejercicio de dichas facultades discrecionales en concordancia con el fin publico perseguido da lugar, en muchos casos, al diseño de procedimientos de selección engorrosos, poco transparentes e ineficientes pues se incluyen exigencias que no corresponden a las reales necesidades del objeto de la contratación. Esta situación se ve reflejada en dos problemas recurrentes derivados de una mala práctica administrativa: (i) La excesiva preponderancia del precio como factor de evaluación, lo que origina que el Estado no siempre pueda seleccionar la oferta más conveniente con relación al fin público que se persigue; y, (ii) el empleo de los factores de evaluación para el direccionamiento de la adjudicación de la buena pro en beneficio de un determinado postor.

2.3.1. La excesiva preponderancia del precio como factor de evaluación

La actual regulación de los factores de evaluación permite otorgar al precio una excesiva preponderancia toda vez que el rango de puntaje que la Administración le puede asignar va de un mínimo de cincuenta puntos a un máximo de cien[6]. Esto puede derivar en situaciones en las que se priorice exclusivamente el factor económico en detrimento de la calidad del bien, servicio u obra que recibirá la Entidad, perjudicando de esta forma la finalidad pública que se busca satisfacer a través de las compras estatales.

No debemos olvidar que de conformidad con el artículo 1 del TUOLCE, la finalidad de dicha norma es maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten así como promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos (resaltado nuestro).

Es decir, de conformidad con la finalidad del TUOLCE, no podría concebirse una compra estatal en la que se otorgue prioridad solamente al precio en desmedro de la calidad del bien, servicio u obra que la Administración recibirá. En ese sentido, salvo algunas excepciones[7], las Bases Estandarizadas deberían estar orientadas al cumplimiento del fin público perseguido, fijando criterios para que la determinación y aplicación de los factores de evaluación se realice de manera equilibrada, razonable y proporcional.

A modo de ejemplo, el Cuadro 3 presenta un procedimiento de selección convocado por el Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA para la contratación del servicio de internet[8]. En este, como en muchos otros casos[9], el único factor de evaluación fue el precio, sin que exista una motivación y/o justificación que sustente

(6) Ver Cuadro 2.

(7) Esto sucede cuando nos encontramos ante bienes y/o servicios en general que sean de disponibilidad inmediata, fáciles de obtener en el mercado, se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por el mercado y que no se fabriquen, produzcan suministren o presten siguiendo la descripción particular o instrucciones dadas por la Entidad contratante. Este supuesto se lleva a cabo a través del procedimiento de comparación de precios, establecido en el artículo 25 del TUOLCE y 98 de su Reglamento. Asimismo, a través de la Directiva 022-2016-OSCE/CD que aprueba disposiciones aplicables a la comparación de precios, el OSCE establece que, para el empleo de procedimiento de selección, la Entidad debe detallar el análisis desarrollado para sustentar el cumplimiento de las condiciones señaladas. Por otro lado, otro supuesto es el caso de los bienes y servicios comunes, los cuales son contratados a través del procedimiento de subasta inversa, regulada por el artículo 26 del TUOLCE y 110 de su Reglamento, siendo el postor ganador aquel que oferte el menor precio por los bienes y/o servicios objeto de dicha subasta. Cabe precisar que mediante Directiva 006-2016-PERUCOMPRAS, se establece el procedimiento a través del cual PERÚ COMPRAS aprobará las fichas técnicas que formarán parte del "Listado de Bienes y Servicios Comunes".

(8) Concurso Público N° 03-2019-MIDIS-PNAEQW-CS-1, convocado el 31 de julio de 2019.

(9) Otros Procedimientos de Selección en donde el único factor de evaluación fue el precio:

i. Comisión de promoción del Perú para la exportación y el turismo (PROMPERU) - Concurso Público N° 15-2019-PROMPERU-1 - Servicio de telefonía móvil.

ii. Municipalidad distrital de San Isidro - Concurso Público N° 06-2019-CS/MSI-1 - Servicio de telefonía móvil con radio o red privada, internet y bolsa de minutos.

iii. Ministerio de Relaciones Exteriores - Concurso Público N° 03-2019-RE-1 - Servicio de telefonía móvil

iv. Servicio de agua potable y alcantarillado de lima (SEDAPAL) - Concurso Público N° 34-2019-SEDAPAL-1 - Servicio de telefonía móvil y tarjetas inalámbricas.

v. Superintendencia nacional de educación superior universitaria (SUNEDU) - Concurso Público N° 03-2019-SUNEDU-1 - Servicio de telefonía móvil.

técnicamente ello, como sucede cuando estamos, por ejemplo, ante bienes y servicios comunes.

Cuadro 3. Procedimiento de selección para la contratación de servicio de Internet convocado por Qali Warma

Factor de Evaluación	Puntaje / Metodología para su asignación
PRECIO	
Evaluación: Se evaluará considerando el precio ofertado por el postor. Acreditación: Se acreditará mediante el documento que contiene el precio de la oferta (Anexo N° 6).	La evaluación consistirá en otorgar el máximo puntaje a la oferta de precio más bajo y otorgar las demás ofertas puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios, según la siguiente fórmula: $Pi = \frac{Om \times PMP}{Oi}$ i = Oferta Pi = Puntaje de la Oferta a evaluar Oi = Precio i Om = Precio de la oferta más baja PMP = Puntaje máximo del precio 100 puntos

En el caso del internet, la administración no debería únicamente emplear al precio como factor de evaluación para la asignación de puntajes, ya que, dicho servicio posee determinadas particularidades que hacen de las características técnicas, componentes esenciales. Así, por ejemplo, se debería considerar como factor de evaluación a la garantía comercial, el tiempo de vida útil de la fibra óptica, el mantenimiento o el precio de refacciones de los equipos que formarán parte del diseño de red del servicio. Asimismo, también podría emplearse al tiempo de labores de instalación (siempre que sea razonable) para la asignación de puntajes. Finalmente, también podría incluirse como factor el aumento de la velocidad de navegación, componente que optimiza la calidad del internet que reciba la Entidad y sus servidores públicos.

2.3.2. El empleo de los factores de evaluación para el direccionamiento de la adjudicación de la buena pro

El direccionamiento de la adjudicación de la buena pro se puede manifestar, entre otros, a través de ciertas condiciones como la determinación de factores de evaluación que solo puedan ser cumplidos por determinados postores con el fin de que obtengan mayores puntajes, vulnerándose de esta manera el principio de igualdad de trato[10]. Estos condicionamientos generan que se restrinja la libre competencia en los procesos de selección afectando su eficacia y la satisfacción del interés general (OSCE, 2014, p. 4).

A modo de ejemplo, un caso en el que se evidenciaría un riesgo de direccionamiento del proceso de selección es la convocatoria realizada por la Municipalidad Distrital de Huayllay (Ver Cuadro 4) para la contratación de servicio de internet el cual incluyó como factor de evaluación el plazo de implementación del servicio a través de fibra óptica, asignando un puntaje de hasta treinta puntos a aquel postor que pueda instalar dicho servicio en un plazo máximo de dos días calendario[11]:

Es decir, el procedimiento de selección habría sido diseñado de tal manera que solo el operador de telecomunicaciones que ya venía brindando el servicio previamente, sea el único que pudiese cumplir con tal plazo, pues ya contaba con la fibra óptica pre instalada en virtud del contrato anterior. En consecuencia, solo el operador vigente podría obtener los treinta puntos, toda vez que sus demás competidores necesitarían de un plazo mucho mayor para la instalación de la fibra, ya que tal actividad requiere del diseño

vi. Jefatura de la X dirección territorial policial - DIRTEPOL del Cusco – Adjudicación Simplificada N° 42-2019-012-X-DTP-CUSCO-1 - Servicio de troncal SIP: telefonía fija y servicio de internet.
vii. Universidad nacional intercultural de Quillabamba - Adjudicación Simplificada N° 02-2019-UNIQ-3 - Servicio de internet dedicado.
viii. Municipalidad provincial de Maynas - Iquitos - Adjudicación Simplificada N° 06-2019-GA-MPM-2 - Servicio de internet.
ix. Programa nacional contra la violencia familiar y sexual – PNCVFS - Adjudicación Simplificada N° 42-2019-PNCVFS-1 - Servicio de internet y telefonía fija.
x. Organismo de evaluación y fiscalización ambiental (OEFA) - Adjudicación Simplificada N° 11-2019 OEFA-2 - Servicio de telefonía fija y alquiler de central telefónica IP.

(10) El direccionamiento de los procedimientos de selección también puede darse mediante disposiciones contenidas en las bases administrativas, tales como exigencias en los requisitos técnicos mínimos que sólo pueden ser cumplidos por determinados postores o condiciones contractuales que restringen el acceso de pluralidad de propuestas.

(11) Adjudicación Simplificada N° 2-2019-MDH/SERVICIOS-1, convocada el 30 de mayo de 2019.

de planos, ejecución de obras en la vía pública, obtención de permisos y autorizaciones administrativas, entre otros, los mismos que no pueden ser llevados a cabo en tan solo dos días calendario[12].

Cuadro 4. Procedimiento de selección para la contratación de servicio de Internet convocado por la Municipalidad Distrital de Huayllay

Otros Factores de Evaluación	(Hasta 50) puntos
B.	PLAZO DE INSTALACIÓN DEL SERVICIO
Evaluación: Se evaluará en función al plazo ofertado, el cual debe mejorar el plazo de ejecución establecido en los Términos de Referencia. Acreditación: Se acreditará mediante la presentación de la declaración jurada de plazo de prestación del servicio (Anexo N° 4).	De 01 hasta 02 días calendario: 30 puntos De 03 hasta 05 días calendario: 20 puntos De 06 hasta 10 días calendario: 10 puntos

Este tipo de diseños hace que se perpetúen determinados proveedores en la prestación de un servicio, ya que, restringe la pluralidad de postores en la medida que los factores de evaluación son incluidos para que únicamente un postor se encuentre en la posibilidad de cumplirlo. Por ello, cuando la administración ejerce una facultad discrecional como la elección y asignación del valor de los factores de evaluación, para que esta no se convierta en arbitraria, debe guiarse por criterios de razonabilidad y justificar en cada supuesto su decisión. Como señala el Tribunal Constitucional, el único poder que la Constitución acepta como legítimo, en su correcto ejercicio, es, pues, el que se presenta como resultado de una voluntad racional, es decir, de una voluntad racionalmente justificada y, por lo tanto, susceptible de ser entendida para que la decisión adoptada sea legítima (STC EXP. 1803-2004-AA/TC. Fundamento jurídico 13).

Es obligación de la administración pública garantizar la calidad de las decisiones administrativas, en ejercicio de estas potestades discrecionales. La administración no puede elegir cualquier solución, por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico desea que la administración adopte decisiones que no lo vulneren, pero también que adopte buenas decisiones; en definitiva, que cuando decida, lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales. Así, la legitimidad de la administración ya no sólo descansa en la ejecución de la ley (lo que es insuficiente cuando existe discrecionalidad), ni siquiera en la eficacia, eficiencia y economía de sus actuaciones, sino que encuentra una fuente adicional en el modo de adoptar las decisiones, en un contexto de buen gobierno, buena administración y de relaciones entre actores públicos y privados. (Ponce, 2014, pp. 85-120).

En ese sentido, el ejercicio de la potestad discrecional para la determinación de factores de evaluación no puede suponer el abuso de la misma. Como señala Tomás R. Fernández "discrecionalidad no es arbitrariedad" ya que mientras lo primero se encuentra cubierto por motivaciones y el respaldo de una fundamentación, lo segundo responde a la "mera voluntad o el puro capricho de los administradores" (Fernández, 2008, p.81). Es por ello que la discrecionalidad en las contrataciones públicas debe ser ejercida de conformidad con la finalidad que persigue el TUOLCE que es ejecutar una contratación que equilibre el precio y la calidad; y que, a su vez, no direccione el procedimiento de selección en beneficio de un único proveedor, tutelando la libre competencia, la eficiencia y eficacia y la igualdad de trato en estos procedimientos.

La contratación pública, al ser una manifestación de la actuación de la administración pública que involucra directamente la ejecución del presupuesto público para la satisfacción del interés general, debe realizarse con sujeción no sólo al principio de legalidad, sino también respetando los principios de transparencia, eficacia, rendición de cuentas, ética pública,

(12) Otro Procedimiento de Selección en donde habría un aparente direccionamiento: Municipalidad Provincial de Mariscal Ramón Castilla - Adjudicación Simplificada N° 04-2019-CS-MPMRC-1 - Servicio de internet satelital - Factor de evaluación: Plazo de 1 día calendario con un puntaje de 30 puntos.

así como garantizar un adecuado ejercicio de las facultades discrecionales que en materia de contrataciones la regulación ha conferido a las entidades públicas. Todos ellos, parámetros de actuación que derivan de los principios de buen gobierno y de buena administración contenidos implícitamente en los artículos 39 y 44 de la Constitución[13].

3. Buen gobierno, eficacia en la contratación pública y factores de evaluación

3.1. El buen gobierno y su relación con los principios que rigen el ciclo de la contratación pública

Desde una perspectiva jurídica el buen gobierno hace referencia a la actuación de los poderes públicos y al cumplimiento de deberes de función estatal en el marco de las competencias constitucional y legalmente asignadas (Castro, 2014, p. 248). Está vinculado al establecimiento de marcos regulatorios que orientan "un modo" de actuación constituyéndose en herramientas de dirección del ejercicio de la discrecionalidad estatal para la consecución de objetivos públicos y el aseguramiento de la calidad de las intervenciones de los agentes del Estado (Castro, 2019, pp. 114-115). Es en este sentido que, el buen gobierno se asienta en la concepción del derecho como "ciencia de dirección" (Schmidt-Assmann, 2003, pp. 27-35).

El buen gobierno se vincula al establecimiento de principios, reglas, procedimientos y buenas prácticas para regular el adecuado desempeño de las funciones públicas. Por consiguiente, la organización y el funcionamiento del Estado deben regularse en torno al concepto de buen gobierno como valor fundamental que determina aquel "correcto" ejercicio del poder estatal. Es por ello que el buen gobierno se concretiza como un principio general de rango constitucional el cual se encuentra implícito en los artículos 39 y 44 de la Constitución Política del Perú (Castro, 2019, p. 416)[14]. De acuerdo con la doctrina, de él derivan un conjunto de cinco principios, los principios de buen gobierno: corrección, participación, transparencia, rendición de cuentas y eficacia (Castro, 2019, p. 167). En tanto principios de raigambre constitucional los principios de buen gobierno vinculan a todos lo poderes públicos y establecen estándares que orientan la actuación del Estado, incluidas las funciones administrativas (Castro, 2019, p. 169).

Siendo la contratación pública una manifestación de la actuación administrativa del Estado, esta es reconocida como una de los elementos centrales del buen gobierno (Phillips et. al., 2013, p. 140). Al involucrar directamente la ejecución del presupuesto público para la satisfacción del interés general mediante el cumplimiento de fines públicos, los principios de buen gobierno deben orientar el ciclo de la contratación pública (Phillips et. al., 2013, p. 141). Debe resaltarse que el buen gobierno ofrece un nuevo paradigma del derecho basado en la calidad de las decisiones, el respeto de los derechos ciudadanos y el adecuado ejercicio de la discrecionalidad (Castro, 2019, p. 182). Por tanto, los principios de buen gobierno deben traducirse en buenas prácticas, principios y procedimientos para garantizar la eficiencia y eficacia de las contrataciones del Estado.

La contratación pública debe realizarse con sujeción no sólo al principio de legalidad, sino también aplicando principios que permitan establecer estándares para un adecuado diseño y aplicación de los procedimientos de selección, así como una eficiente ejecución contractual, garantizando el correcto ejercicio de las facultades discrecionales que en materia de contrataciones la regulación ha conferido a las entidades públicas. Ello en un contexto donde, la regulación incide de manera directa en las nuevas formas de relación entre el Estado, el sector privado y los ciudadanos, así como su vinculación con el mercado, por lo que se requiere el diseño de una arquitectura jurídico-institucional para la eficiente gobernanza del sistema de contrataciones (Calleja, 2013, pp. 295-296).

La aplicación de los principios de buen gobierno en el ciclo de la contratación pública tiene un rol fundamental al contribuir a determinar la calidad de las decisiones de adjudicación de ofertas para la adquisición de bienes y servicios en base a una óptima

(13) Al respecto, ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2235-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 10, así como la recaída en el Expediente 0017-2011-PI/TC, Fundamento jurídico 15. También ver: Castro, A. (2019). *Principles of Good Governance and the Ombudsman* (pp. 417-418). Intersentia.

(14) Constitución Política del Perú.
Artículo 44: "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (…)".

relación entre calidad y precio. Así, los principios de buen gobierno pueden ser catalogados como "principios de buena contratación pública" (Wibowo, 2017, pp. 59-60), los cuales pueden ser definidos de la siguiente manera[15]:

- Corrección: Implica que las contrataciones públicas se realizan con sujeción al principio de legalidad y a los principios y valores constitucionales con el fin de servir de manera objetiva al interés general, aplicando las reglas de manera objetiva e imparcial, y promoviendo la integridad en todo el ciclo de la contratación pública.
- Transparencia: Implica publicar e informar de manera clara y comprensible sobre los procesos de contrataciones, las normas y condiciones a aplicar (las cuáles han sido previamente establecidas) y los resultados del mismo, contribuyendo a generar predictibilidad y seguridad jurídica.
- Participación: Implica promover el involucramiento de todas las partes interesadas, así como la libre competencia entre postores y proveedores en el proceso de contratación en condiciones de igualdad y sin discriminación.
- Rendición de cuentas: Implica contar con mecanismos de evaluación, seguimiento y control para asegurar el cumplimiento de las normas de contrataciones, así como justificar la toma de decisiones en la adjudicación de compras públicas.
- Eficacia: Implica que el ciclo de la contratación pública se debe orientar hacia la consecución de objetivos públicos, de manera proporcional, objetiva y razonable y con un manejo responsable y óptimo de los recursos públicos, así como establecer parámetros para orientar de manera positiva la actuación gubernamental para garantizar la calidad de las contrataciones.

Los principios que rigen las contrataciones públicas deben aplicarse teniendo como referencia los principios de buen gobierno, estableciendo estándares que permitan el cumplimiento de los fines públicos que persigue la contratación (Calleja, 2013, p. 296).

Al respecto, el TUOLCE establece diez principios cuya función fundamental es la de promover una contratación pública trasparente, eficiente, eficaz y competitiva. Estos principios son: 1) Libertad de concurrencia; 2) Igualdad de trato; 3) Transparencia; 4) Publicidad; 5) Competencia; 6) Eficacia y eficiencia; 7) Vigencia tecnológica; 8) Sostenibilidad ambiental y social; 9) Equidad; y, 10) Integridad[16]. Cabe recordar, como se señala en la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, que dichos principios deben ser respetados por los poderes adjudicadores durante todo el procedimiento (TJUE, 2018, Asunto C-546/16. Apartado 38).

Como puede observarse, hay una imbricación entre los principios del buen gobierno y los principios que rigen la contratación pública en el ordenamiento jurídico peruano. Así se desprende de lo indicado por el Tribunal Constitucional cuando establece que la contratación estatal debe regirse por los principios constitucionales implíctos en el artículo 76 de la Constitución tales como transparencia, eficiencia, entre otros, para adoptar la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos (STC EXP. 020-2003-AI/TC. Fundamentos jurídicos 14-19). Estos principios son los que el legislador ha considerado básicos para encauzar; por un lado, los actos de los interesados, postores, adjudicatarios, y contristas del Estado; y por el otro, de la Entidad pública licitante y contratante. La relación entre ambos se grafica en el Cuadro 5:

Cuadro 5. Relación entre los principios de buen gobierno y los principios establecidos en el TUOLCE

Principios de Buen Gobierno	Principios del TUOLCE
Corrección	Integridad, Equidad e Igualdad de trato
Transparencia	Transparencia y Publicidad
Participación	Libertad de concurrencia y Competencia
Rendición de cuentas	Publicidad e Integridad
Eficacia	Eficacia y Eficiencia, Vigencia Tecnológica y Sostenibilidad ambiental y social

Sin embargo, estos principios no deben ser entendidos como meros límites a la discrecionalidad de la Administración y a la libertad de actuación de los particulares dentro de las relaciones pre y pos contractuales, permitiendo su control concurrente y posterior (Morón, 2017, p. 195). Como ha sido señalado,

(15) Al respecto, se ha tomado como referencia lo señalado en el "UN Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships" (2008), así como en el "Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement" (2014).
(16) Artículo 2 del TUOLCE.

en tanto concreción de los principios de buen gobierno, los principios que rigen las contrataciones públicas deben también orientar de manera positiva el ejercicio de la discrecionalidad para la consecución de los fines públicos perseguidos por la contratación. Es por esto que la aplicación de los principios de buen gobierno, entendidos como principios de buena contratación pública, puede contribuir a alcanzar los objetivos de política publica en las contrataciones del Estado, promoviendo la eficacia y generando valor en la adquisición de bienes y servicios (Bovis, 2015, p. 227).

3.2. El principio de eficacia y factores de evaluación:
Como principio de buen gobierno, el principio de eficacia hace referencia no solo al logro de los objetivos o finalidad pública establecidos por la norma sino también a los medios mediante los cuales dichos objetivos son alcanzados; es decir, esta vinculado al concepto de eficiencia. Es por eso que desde su dimensión constitucional el principio de eficacia debe ser entendido desde una doble perspectiva: (i) la perspectiva del cumplimiento de objetivos en base a un óptimo uso de los recursos; y, (ii) la perspectiva de los medios, en donde se tienen en cuenta los procedimientos empleados para la consecución de los resultados. (Castro, 2014, pp. 255-256).

Es así que del principio de eficacia deriva la obligación para los funcionarios y servidores públicos de orientar su actuación hacia la consecución de objetivos públicos, de manera proporcional, objetiva y razonable y con un manejo responsable y óptimo de los recursos públicos, con el fin de concretar las exigencias del Estado social y democrático de Derecho (Castro, 2019, p. 235). Y es en este sentido, como ha señalado el Tribunal Constitucional, que la administración pública asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés general. (STC EXP. 0090-2004-AA/TC. Fundamento jurídico 11)

En el ámbito de la contratación estatal este principio implica que las contrataciones públicas deben realizarse bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos para garantizar la satisfacción de los fines públicos(17). Es decir, debe establecerse una óptima relación entre el precio y la calidad del objeto de contratación para "maximizar el valor de los recursos públicos"(18), lo que nos remite al principio denominado "valor por dinero" (*value for money*) (UNCITRAL, 2014, p. 36).

El principio valor por dinero es un principio básico que orienta todo proceso de contratación estatal y que está contenido implícitamente en el principio de eficacia y eficiencia establecido en el TUOLCE. Así lo ha reconocido el OSCE a través de la Opinión 066-2011/DTN-OSCE al señalar que el valor por dinero es uno de los principios de las contrataciones públicas y debe tomarse en consideración con los demás principios contemplados en la Ley(19).

Cabe precisar que el principio valor por dinero es manifestación del enfoque de gestión por resultados, conforme al cual se debe maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten en las contrataciones del Estado. Ello a efectos de que la contratación pública se realice de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos (Opinión 208-2017/DTN).

La aplicación del principio valor por dinero en el proceso de contratación pública significa que la selección de ofertas debe realizarse no solo en consideración del precio sino de todos los costos relevantes y los beneficios (resaltado nuestro) involucrados en el ciclo de la contratación. Por tanto, deben considerarse una variedad de criterios tales como la calidad del bien o servicio y los costos que puedan originarse a lo largo de toda la "vida útil" de la contratación para suplir las necesidades de la entidad, como criterios de adjudicación (Dimitri, 2013, p. 151).

Al respecto, el "ciclo de vida útil" (*life-cycle costs*) es un enfoque que promueve el "pensar fuera del precio (caja)" (Dragos & Neamtu, 2013, p. 19). Como enfoque permite establecer factores de evaluación que incluyan tanto aspectos cuantitativos como cualitativos para determinar la relación calidad-precio (Bovis, 2018, p. 169). La

(17) Artículo 2 del TUOLCE, literal f): "Eficacia y eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución debe orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos".
(18) Artículo 1 del TUOLCE.
(19) OSCE, Fundamento 2.2.

calidad de un bien o servicio[20], entendida como el grado en el cual el conjunto de características inherentes al bien o servicio ofertado cumple con los requerimientos del comprador (Burgi & Brandmeier, 2014, p. 26), puede determinarse a partir de criterios como el valor técnico, las características estéticas y funcionales, el servicio posventa y la asistencia técnica, entre otros, y debe estar vinculada al objeto de la contratación (Martínez Romera & Caranta, 2017, p. 286).

Es así que el cálculo del costo de vida útil incluye los costos relativos a la adquisición, utilización (como el uso de energía), mantenimiento, y costos de final de vida como desmantelamiento y reciclado. Por ello, implica un enfoque multidimensional e integral en la toma de decisiones en las contrataciones públicas que requiere de una diligente estructuración y planificación del procedimiento de selección, así como su correcta aplicación en las tres fases del ciclo de contratación (Dimitri, 2013, pp. 151-152).

3.3. Buena administración, debido procedimiento y factores de evaluación:

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional puede afirmarse que una contratación estatal eficaz y eficiente que cumple con satisfacer las finalidades públicas se sustenta, de modo general, en el buen funcionamiento de la administración pública como bien de índole constitucional. Y este a su vez tiene como principio subyacente al principio constitucional de buena administración (EXP. Nº 0017-201-PI/TC. Fundamentos jurídicos 14-20).

El principio de buena administración es la concreción en sede administrativa del principio de buen gobierno (Castro, 2014, p. 250). Como ha señalado Smith no hay buen gobierno sin buena administración (Smith, 2012, p. 276). Así, podemos encontrar que los principios de buen gobierno han sido desarrollados de manera más profusa en el ámbito del derecho administrativo (Castro, 2019, p. 183). Es por ello, que como señalan algunos autores, el principio de eficacia encuentra su mejor expresión en una buena administración (Mallén, 2004, p. 102-103).

De acuerdo con la doctrina comparada la buena administración se centra en la forma en que las decisiones administrativas son tomadas como factor de calidad, para lo cual su preocupación no es el limitar el ejercicio de facultades discrecionales sino el direccionar el uso de las mismas para que se adopte la mejor decisión posible a través de la implementación de procedimientos que garanticen el ejercicio adecuado de la discrecionalidad, es decir, de un "buen procedimiento" (Ponce, 2001, pp. 127-132). Es por ello que la buena administración puede ser concretizada, entre otros aspectos, mediante un debido procedimiento administrativo (Castro, 2019, p. 182). Así lo ha entendido también el TJUE en reiterada jurisprudencia[21].

Desde la perspectiva de la buena administración, se enfatiza no solo la perspectiva garantista del procedimiento administrativo sino también la función trascendental que cumple este en la satisfacción del interés general y en el aseguramiento de estándares de calidad que trascienden el principio de legalidad (Castro, 2018, p. 11). Es por ello que la función legitimadora del procedimiento administrativo (Esteve Pardo, 2013, p. 170) no se sustenta solo en que la decisión final de la administración se adecúe al ordenamiento jurídico, sino frente al ejercicio de la discrecionalidad mediante un debido procedimiento administrativo. Es así que el procedimiento administrativo tiene la función de orientar de manera positiva la actuación discrecional de la administración con la finalidad de legitimar sus decisiones (Castro, 2018, p. 5).

El ciclo de la contratación pública debe desarrollarse en un "ambiente de buena administración" (Morón Urbina, 2020, p. 21). Por ello, para que la administración pública adopte la mejor decisión posible mediante un adecuado procedimiento administrativo, este debe considerar de manera diligente todos los elementos de hecho y de derecho en base a criterios de racionalidad y objetividad (Esteve Pardo, 2013, p. 173). Siendo el procedimiento de selección de contratistas un procedimiento administrativo, la inclusión de factores de evaluación que incluyan aspectos cualitativos y cuantitativos, ampliándolos más allá del precio, permitirá adoptar la mejor decisión en base a una óptima relación entre el precio y la calidad del objeto de contratación (OCDE,

(20) La determinación de lo que debe entenderse por "calidad" como criterio de adjudicación será materia de análisis en un próximo artículo.

(21) Al respecto ver, por ejemplo, la Sentencia con Asunto T-54/99 de 30 de enero de 2002: Caso Max.mobil Telekommunikation Service GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas, Apartados 48-52. También la Sentencia con Asunto C-265/17P de 16 de enero de 2019: Caso United Parcel Service contra la Comisión, Apartado 34.

2017, p. 134). Decisión que deberá ser motivada y resultado de un adecuado ejercicio de la discrecionalidad conferida. Como se desprende de la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005, el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la entidad adjudicataria no implica la atribución de una libertad ilimitada o excesiva, la misma que encuentra en los criterios de evaluación los parámetros para orientar su actuación al momento de adjudicar la buena pro (TJUE, 2005, Asunto C-331/2004, Apartado 21).

Es en este orden de ideas que puede afirmarse que buenos procedimientos de selección en el ámbito de las contrataciones públicas requieren de nuevos instrumentos que permitan direccionar positivamente el ejercicio de la discrecionalidad al momento de definir los criterios de evaluación (como parte de la estructuración del procedimiento) y su aplicación (como parte de la fase de instrucción), así como motivar adecuadamente la adjudicación de ofertas. Ello con el fin de garantizar la calidad de las actuaciones y decisiones administrativas para "lograr una ventaja mayor para el Estado, optimizando el uso de los recursos públicos" (STC EXP. 020-2003-AI/TC. Fundamentos jurídicos 20-21). A este punto dedicaremos el siguiente apartado.

4. La metodología *Total Cost of Ownership* como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas

4.1. Conceptualización de la metodología *Total Cost of Ownership*

La metodología *Total Cost of Ownership* o Coste Total de Propiedad, conocido como TCO por sus siglas en inglés, fue desarrollado originalmente en 1987 por la firma de investigación Gartner[22] para determinar el costo para empresas del rubro dedicado a las tecnologías de la información, de adquirir e implementar computadoras personales para sus trabajadores. La investigación arrojó que anualmente las empresas incurrían en gastos de aproximadamente diez mil dólares en la adquisición, implementación y mantenimiento de cada computadora, cifra que incluía no solo el precio inicial de la computadora sino además los costos que podrían generarse a largo plazo durante toda su vida útil (Gartner Group, 1997, pp. 1-14).

Lo que el Grupo Gartner intentó demostrar con su investigación es que en muchas ocasiones las empresas llevan a cabo adquisiciones tomando en cuenta únicamente el precio inicial del bien, sin considerar los costos a largo plazo en los que se podría incurrir, los cuales podrían ser: gastos de mantenimiento, reparaciones, consumo de energía eléctrica, instalación, compra de repuestos, tiempo de capacitación al personal para el uso, entre otros. De este modo, el TCO permitiría que se lleve a cabo un análisis integral del costo total que implicará la adquisición de determinado bien en el tiempo, y no se limita a considerar que la mejor compra es aquella que tenga el menor precio.

Esta metodología fue desarrollada con mayor profundidad por Lisa Ellram en la década de los noventa, conceptualizando el TCO de forma más estructurada, pues propuso impulsar la adopción de un enfoque de compras estratégico, incluyendo un mayor énfasis en la calidad de los materiales y servicios adquiridos, la racionalización de la base de suministro y el aumento de la competencia global, por nombrar solo algunos factores, todo a la luz del creciente reconocimiento de la importancia de los costos de compra y de vida útil de la adquisición. Así, Ellram define al TCO como aquel proceso en el que se debe tener en cuenta todos los costes que conlleva la compra y el posterior uso de componentes en toda la cadena de valor de determinada adquisición, y como consecuencia de ello, se amplía la noción de costo de compra al combinar los efectos del costo del ciclo de vida con el precio de adquisición (Ellram, 1993).

De este modo, el TCO debe ser entendido como una metodología que permite estimar los costos totales de bienes, servicios u obras durante toda su vida útil. Es la combinación del precio de compra más todos los demás costos en los que se incurrirá a futuro. Por ejemplo: el precio de compra inicial más los costos de instalación, los costos operativos o el mantenimiento continuo (Ministry of Business, Innovation & Employment of New Zealand, 2013, p. 1).

El TCO también debe ser comprendida como una "filosofía de compra" dirigido a

(22) El Grupo Gartner, es una empresa norteamericana fundada en 1979, cuya principal actividad consiste en brindar servicios de consultoría y de investigación sobre tecnologías de la información. Visto en: https://www.gartner.com/en/about.

entender el costo real y relevante de comprar un bien, servicio u obra de determinado proveedor. El TCO es, una vez que se comprende y se utiliza completamente, una herramienta valiosa para respaldar la gestión estratégica de costos. Es un enfoque complejo que requiere que la parte compradora determine qué costos considera más relevantes o significativos en la adquisición, posesión, uso y posterior disposición de un bien o servicio. Además del precio pagado por el artículo, el TCO puede incluir los costos incurridos por la compra para la realización de pedidos, la investigación y calificación de los proveedores, el transporte, la recepción, la inspección, o el almacenamiento (Luzzini et. al., 2012, p. 1).

En ese orden de ideas, el TCO refleja no sólo el costo de la compra sino también aspectos del uso y mantenimiento. De esta manera, puede incluir, enunciativa pero no limitativamente, otros factores como el consumo eléctrico, el requerimiento de adecuaciones especiales en la infraestructura, costos asociados con las fallas o períodos fuera de servicio (planeados o no planeados), incidentes de pérdida de performance, costos por incumplimientos, control de calidad, entre otros. Al respecto, el "ciclo de vida útil" (*life-cycle costs*) como criterio de adjudicación permite establecer factores de evaluación que incluyan tanto aspectos cuantitativos como cualitativos para determinar la relación calidad-precio.

Asimismo, el TCO también puede ser empleado para impulsar la innovación pudiendo ser su impacto aún mayor. Por ejemplo, los fabricantes de maquinarias podrían evaluar la posibilidad de desarrollar una máquina de autoservicio, que podría ser utilizada directamente por el consumidor final sin la ayuda de personal. Esta solución podría reducir drásticamente el factor de costo principal para la concretización de la venta. Este es claramente un ejemplo de innovación de productos y servicios a largo plazo, pero respalda la afirmación de que el TCO "no solo ayuda en las decisiones a corto plazo" [énfasis agregado], ya que puede usarse desde una perspectiva más amplia para identificar las categorías de costos relevantes que podrían verse afectadas si es que no se toman las decisiones debidas desde el inicio del proceso de adquisición (Luzzini et. al., 2012, p. 12).

En ese sentido, incorporar la metodología TCO en las contrataciones del Estado supondría no solo analizar el precio como criterio principal. Por el contrario, se incorporaría una mayor valoración a aquellos proveedores que ofrezcan productos de mayor calidad, asignándosele un mayor puntaje a factores de evaluación que permitan ponderar los costos a largo plazo para el Estado de forma previa a la celebración de un contrato.

Se podría argumentar que el modelo propuesto solo podría ser implementado para la adquisición de bienes. Sin embargo, como bien muestra la experiencia comparada, esta metodología puede aplicarse tanto a la adquisición de bienes, construcción de obras o prestación de servicios, ya que es adaptable a una industria específica (Ministry of Business, Innovation & Employment of New Zealand, 2013, p. 1). Así, por ejemplo, en el caso de obras, podrían incluirse costos de mantenimientos (preventivos o correctivos), costos por el total de años de vida útil de la obra, entre otros; o, en el caso de servicios, costos de instalación de equipos especializados, como sucede en la implementación del servicio de internet, por la instalación de fibra óptica.

En esa línea argumentativa, el TCO puede emplearse en distintos supuestos al momento de llevar a cabo una adquisición. Veamos:

- En un caso de negocios para evaluar los costos, beneficios y riesgos asociados con la inversión.
- Para comprender los diferentes generadores de costos en la vida útil de una adquisición.
- Por un proveedor al presentar su oferta en un procedimiento de contratación, para demostrar los beneficios totales y el valor que se ofrece, especialmente cuando el precio de compra inicial es más alto que los competidores, pero el costo total final es menor.
- En la selección del mejor proveedor mediante la evaluación de los costos comparativos de su oferta con las ofertas competidoras.
- En la gestión del contrato para rastrear los gastos e ingresos reales en relación al presupuesto (Ministry of Business, Innovation & Employment of New Zealand, 2013, p. 1).

En ese sentido, es indispensable la inclusión del TCO como mecanismo para la determinación y elección de factores de evaluación, pues permite que la Entidad Pública contratante les otorgue mayor preponderancia a otros criterios al momento de adquirir un bien, obra o servicio. Dejar de lado este tipo de factores implica darle un exclusivo predominio al precio, excluyendo propuestas que podrían ofrecer prestaciones con mejores condiciones para las necesidades de la Administración Pública.

Si tuviéramos que ejemplificar de manera didáctica al TCO, podríamos compararlo con un iceberg, ya que, usualmente las adquisiciones se llevan a cabo solo tomando en cuenta el precio (la punta del iceberg) y no los costos que podrían generarse a largo plazo (la parte oculta del iceberg). Veamos:

Gráfico 1. Alegoría del iceberg

Fuente: Ministry of Business, Innovation & Employment of New Zealand, 2013: p. 2

Como bien hemos apuntado, el precio de compra inicial suele ser solo la "punta del iceberg" en términos de los costos en los que se incurrirá. Hay costos ocultos al acecho debajo de la línea de flotación. La Administración debe mirar más allá del precio de compra para identificar todos los demás gastos e ingresos durante toda la vida útil de los bienes, servicios u obras a adquirir. Sin embargo, cada adquisición es diferente. Entonces, lo que debe incluirse en el cálculo del TCO variará. El objetivo es llegar a una cifra que refleje con precisión los costos totales de determinada compra. Dicha cifra se podrá obtener a través del análisis del costo del ciclo de vida útil y el procedimiento de secuencia de transacciones, los cuales desarrollaremos con mayor amplitud a continuación.

4.2. Operatividad de la metodología *Total Cost of Ownership*

El análisis de costos totales que se lleva a cabo a través del TCO está estrechamente relacionado con el costo del ciclo de vida útil del bien, obra o servicio a contratar. La idea básica del análisis del costo del ciclo de vida útil es brindar una descripción completa de la estructura económica general de diferentes productos o materiales. Esta información puede ser muy útil para quienes toman decisiones en las áreas de compras de la Administración Pública al comparar diferentes productos o materiales de diferentes postores en competencia. En la siguiente gráfica se muestra un ejemplo de la comparación de costos del ciclo de vida útil (Van der Valk et. al., 2006, p. 29):

Cuadro 6. Análisis del costo del ciclo de vida útil

Fuente: Van der Valk et. al, 2006: p. 29

El ejemplo de la figura anterior muestra que al utilizar el análisis del costo de vida es posible identificar todos los costos asociados con el ciclo de vida útil de los productos y, por lo tanto, comprender la estructura de costos totales. Por lo tanto, es posible que un producto que tiene un precio más alto (producto B) sea en realidad más barato cuando se cuentan todos los costos asociados juntos y se compara el producto con el de otro postor que ofrece un precio relativamente más bajo (Van der Valk et. al., 2006, p. 29).

En términos generales, el método consiste en "investigar, estimar y calcular todos los costos y beneficios durante toda la vida útil de lo adquirido" [énfasis agregado]. Cabe señalar, que no existe una fórmula estándar que se utilice para todos los cálculos de TCO. Lo que debe tenerse en cuenta siempre dependerá de la naturaleza específica de la contratación. No obstante, puede tenerse en cuenta como referencia la siguiente formula (Ministry of Business, Innovation & Employment of New Zealand, 2013, p. 9):

Cuadro 7. Ejemplo de fórmula para la identificación de costos

Precio de compra	+	Mantenimientos (preventivos y correctivos) Respuestas	+	Instalación	+	Capac. Raciones	+	Actualizaciones tecnológicas	+	Valor de reventa	+	otros costos

Fuente: Ministry of Business, Innovation & Employment of New Zealand, 2013, p. 9

En el entendido que no hay una fórmula establecida para determinar los costos de vida útil para el TCO, será indispensable que los funcionarios encargados de las áreas de contratación, sean capacitados en la recopilación de data, detección de costos y elaboración de hojas de cálculo. Ello con la finalidad de que cuenten con las herramientas necesarias para el empleo de dicha metodología.

En ese orden de ideas, en el considerando 96 de la Directiva Nº 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, se dispone que los poderes adjudicadores pueden determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo mediante un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida. La noción de coste del ciclo de vida incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, suministros o servicios. Entre estos costes figuran los costes internos, como la investigación que haya de llevarse a cabo, los costes de desarrollo, producción, transporte, uso, mantenimiento y eliminación al final de la vida útil, pero también pueden incluirse los costes atribuidos a factores medioambientales externos, como la contaminación causada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o causada por el propio producto o por su fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento. Los métodos utilizados por la Administración Pública para evaluar los costes atribuidos a factores medioambientales externos deben establecerse previamente de manera objetiva y no discriminatoria y ser accesibles a todas las partes interesadas. Estos métodos pueden establecerse a escala, nacional, regional o local; no obstante, para evitar distorsiones de la competencia recurriendo a metodologías ad hoc, deben seguir siendo generales en el sentido de que no deben establecerse de modo específico para un procedimiento particular de contratación pública[23].

Asimismo, el artículo 68 de la citada Directiva señala:

Artículo 68.-

Cálculo del coste del ciclo de vida

1. El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá en una medida pertinente la totalidad o una parte de los costes siguientes a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:
a) costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como:
i) los costes relativos a la adquisición,
ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos,
iii) los costes de mantenimiento,
iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado;
b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático (…).

Ahora bien, para incluir cada fuente de costo a lo largo del ciclo de vida del producto, Ellram desarrolló un diagrama de actividades, que agrupa los costos en tres categorías: pre-transacción, transacción, post-transacción. Dicho método de identificación fue denominado como secuencia de transacciones, la cual implica analizar el orden en el que se incurrirán en costos a lo largo de la secuencia de la transacción que se llevará a cabo (Ellram, 1993):

a) Pre-transacción: Los costos previos a la transacción son aquellos costos que ocurren antes de recibir los artículos comprados, e incluso antes de realizar el pedido. Los costos previos a la transacción incluyen todos los costos incurridos desde el momento en que alguien dentro de la entidad comienza a pensar e investigar la posibilidad de comprar un artículo, hasta, pero sin incluir, la realización del pedido. Algunos de los costos que pueden pasarse por alto son los costos de investigar las fuentes alternativas, calificar y educar a los proveedores con respecto a los sistemas y expectativas de la entidad, y adaptarse a los sistemas, estilos y métodos de entrega de nuevas fuentes de suministro. Debido a que estos costos a menudo no se contabilizan en función de la transacción que los generó, dichos costos con frecuencia se pasan por alto. Por lo tanto, la selección de proveedores y la incorporación de nuevos proveedores se consideran “gratuitas”, cuando claramente no es así.

b) Transacción: Los elementos de costo de transacción son aquellos que están relacionados con la colocación y recepción de pedidos, e incluyen el precio del artículo o servicio en sí. Se incluyen los

(23) Considerando 96 de la Directiva Nº 2014/24/UE.

costos asociados con la recepción real de un pedido en la entidad. Como tal, los costos de transacción son aquellos costos asociados con la preparación de lo adquirido, su seguimiento, la recepción, la comparación de los datos recibidos con la ofrecido y el pago de la factura. Los elementos del costo de transacción tienden a ser más ampliamente reconocidos que los costos previos y posteriores a la transacción, porque estos son los costos que ocurren en el tiempo, espacio y relación más cercanos con la transacción en sí.

c) Post-transacción: Los costos posteriores a la transacción son aquellos costos que ocurren después de que el artículo comprado es propiedad de la entidad. Probablemente se trate de la etapa más importante de cara al empleo del TCO como criterio para la elección de factores de evaluación. La ocurrencia real de los costos posteriores a la transacción, pueden ocurrir poco después de recibir el pedido, o años después, cuando el artículo comprado está en uso o se esté modificando, reparando o desechando. Cuanto más distante en el tiempo se produzca un costo de la transacción, menos probable es que el costo se reconozca como explícitamente relacionado con la compra de un determinado artículo a un determinado proveedor. Los costos de esta categoría son los que las empresas pasan por alto con mayor frecuencia. Los costos posteriores a la transacción que con frecuencia se pasan por alto incluyen la reparación del producto en el campo, los costos de mantenimiento de rutina y especiales, los costos asociados con la escasez de piezas de reemplazo y / o la obsolescencia, y problemas similares. Estos costos a menudo son difíciles de rastrear y pueden estar separados de la compra por una gran cantidad de tiempo. Por ello, sería excepcional que una entidad que utilice un enfoque de TCO no pueda contabilizar esos costos y, por lo mismo, utilizarlos para la determinación de factores de evaluación.

Dicho procedimiento se resume en el siguiente esquema:

Cuadro 8. Diagrama de flujo para la identificación de costos

Fuente: Ellram, 1993.

En esencia, lo que se plantea es que, previamente a la elección de los factores de evaluación, las Entidades Públicas realicen el análisis de secuencia de transacciones, para que de esta manera puedan determinar qué costos, factores de evaluación y puntajes serán de indispensable incorporación en determinado procedimiento de selección, con la finalidad de contratar el bien, servicio u obra que a largo plazo no genere mayores gastos al Estado. Es probable que en este proceso se termine optando por propuestas más caras respecto del precio de compra del bien, obra o servicio, pero cuya calidad arrojará que dicha adquisición a la larga será mucho más eficiente, por ser menos costosa.

4.3. Incorporación de la metodología *Total Cost of Ownership* en el régimen jurídico de las Contrataciones del Estado en el Perú

La incorporación de la metodología descrita busca el correcto funcionamiento y organización de la Administración Pública (sobre todo de aquellos órganos que tienen como función la determinación de los factores de evaluación y asignación de puntajes) mediante el diseño y aplicación de adeucados procedimientos de selección de ofertas. Asimismo, responde a la necesidad que conlleva la adecuada implementación y operatividad del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA).

Como bien hemos resaltado, a pesar de la importancia que podría implicar la aplicación del TCO en las compras públicas en el Perú, la práctica administrativa en la elección de los factores de evaluación no permiten realizar una evaluación integral del costo total de determinada adquisición, ya que, de acuerdo a los problemas que hemos identificado en la primer apartado de la presente investigación: se tiene al precio como principal o único factor de evaluación; o, dichos factores son empleados para el direccionamiento de la contratación a determinado postor, todo ello en desmedro de factores que podrían ser determinantes para el cumplimiento de objetivos de cualquier Entidad.

Ante dicho escenario, la metodología TCO limita el ejercicio inadecuado de facultades discrecionales, ya que, por medio

de esta metodología, se puede direccionar positivamente el ejercicio de dichas potestades, en el entendido que brinda parámetros objetivos a los funcionarios encargados de las áreas de contratación de la Administración, para evaluar y determinar qué factores de evaluación son acordes con el objeto de contratación, y necesarios para la prosecución del interés público que se busca tutelar a través de los contratos administrativos. De esta manera, evitaríamos la elección de factores que no necesariamente guardan relación con el objeto de contratación, que solo tomen en cuenta el precio como criterio o que responden a intereses particulares.

Por ello, es indispensable que, previamente a la elección de los factores de evaluación, se identifiquen los costos de vida útil y se aplique el procedimiento de secuencia de transacciones como instrumentos de gestión, pues posibilitará obtener ofertas que equilibren lo económico con la calidad, permitiendo un uso eficiente de los recursos públicos.

Un ejemplo de la falta de aplicación de la metodología propuesta, es la Licitación Pública Nº 0011-2017-MTC/20[24], convocada por PROVIAS, en la cual la evaluación para la adquisición de un total de ocho (08) puentes modulares[25] tuvo la siguiente asignación de puntajes:

a) La valoración del precio de las propuestas otorgaba un puntaje máximo noventa (90) puntos a la oferta con precio más bajo.
b) Se le otorgaría cinco (05) puntos a la propuesta que oferte de siete (07) años a más de garantía comercial; tres (03) puntos a quien oferte entre seis (06) y (07) años; y, dos (02) puntos a quien oferte entre cinco (05) y seis (06) años.
c) A su vez, se otorgaría tres (03) puntos a las ofertas que propongan la capacitación adicional a profesionales de PROVIAS.
d) Finalmente, se otorgaría dos (02) puntos a toda oferta que en un plazo no mayor de noventa (90) días calendario presente cierta documentación sobre variables de instalación de los Puentes de acuerdo a su longitud.

En el caso expuesto, las ofertas presentadas tenían las particularidades presentadas en el Cuadro 9:

Cuadro 9. Asignación de los puntajes en Licitación Pública Nº 0011-2017-MTC/20

Tipo Requisito y Puntuación Específica	Propuesta Empresa Puentes A		Propuesta Empresa Puentes B	
	Características de Puente	Puntuación	Características de Puente	Puntuación
Requisito de Garantía	8 años de Garantía	5 puntos	40 años de Garantía	5 puntos
Requisito de Capacitación	3 personas adicionales	3 puntos	3 personas adicionales	3 puntos
Requisito Documentario	Presenta dentro del plazo	2 puntos	Presenta dentro del plazo	2 puntos
Precio	S/ 65´000,000.00	90 puntos	S/ 97´500,000.00	45 puntos
Costo de Mantenimiento (Vida útil)	S/ 500,000.00 anuales	No se tomó en cuenta como factor	S/ 500,000.00 anuales desde el año 21 en adelante	No se tomó en cuenta como factor
Costos Logísticos de Almacenamiento	S/ 210,000.00 anuales	No se tomó en cuenta como factor	S/ 150,000.00 anuales	No se tomó en cuenta como factor
Resultado	Ganador De La Buena Pro	100 puntos	-	55 puntos

Podemos observar que el precio nuevamente se presenta como el factor de evaluación preponderante. Uno pensaría que siempre es más conveniente que la Administración Pública no se exceda en el gasto de fondos públicos y que se debe optar por lo más económico. Sin embargo, en el citado procedimiento de selección, si bien se eligió una propuesta de menor precio (sesenta y cinco millones de Soles) y se descartó otra oferta más onerosa (noventa y siete millones quinientos mil Soles), no se tomó en cuenta que esta última propuesta también ofrecía: mayor garantía comercial, menor costo de mantenimiento y menores costos de almacenamiento.

Es decir, realizando un análisis del costo final que asumiría PROVIAS, resultaba más conveniente contratar con aquella empresa

(24) El caso fue tomado del trabajo de investigación de los alumnos Martha Aurora Agüero Grentz y Vasco Santiago Mujica Roggero, del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, para el curso de Principios Jurídicos de Buen Gobierno.
(25) De acuerdo con "The Ohio Bridge Corporation", podemos definir a un puente modular como aquel que se arma por la conexión de módulos prefabricados para atender casos de emergencia mediante la instalación de un puente de rápido y fácil armado sin requerir para ello de apoyo de maquinaria pesada de gran envergadura (The Ohio Bridge Corporation, 2017, pp. 7-8).

que ofreciera mejores condiciones a largo plazo. Es por este tipo de situaciones que es indispensable que se incorpore el TCO para la determinación de los factores de evaluación, para darle mayor peso a la calidad del bien y que no solo prime el precio.

De haberse aplicado el TCO y el procedimiento de secuencia de transacciones, la conclusión luego del análisis integro de cada propuesta es que el ganador debió ser la Empresa Puentes B, conforme podemos apreciar en el siguiente esquema:

Cuadro 10. Análisis de propuestas según el enfoque de secuencia de transacciones en la Licitación Pública Nº 0011-2017-MTC/20

PRODUCTO A	PRODUCTO B
Desplazamiento	Desplazamiento
Mantenimiento	Mantenimiento
Desmantelamiento	Desmantelamiento
Uso	Uso
Precio	Precio

Recordemos que esta propuesta de mejora tiene como soporte al principio de eficacia, toda vez que se prioriza que los resultados de cualquier proceso de adquisición se generen optimizando el gasto de los recursos pues no basta con hacer una compra eficientemente en términos económicos, sino además que ésta sea útil priorizando el cumplimiento máximo de los fines públicos y la mayor repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos, sin perder de vista las mejores condiciones de calidad disponibles en el mercado.

La propuesta de mejora podría materializarse sin mayor inconveniente a través de la publicación de una Directiva que haga las veces de instrumentos de gestión y guía para que las Entidades Públicas tengan parámetros de cómo implementar el TCO y sus procedimientos. Asimismo, será necesario que se capacite a aquellos servidores públicos, que tengan dichas funciones, en la recopilación de datos e identificación de costos, de modo que se articulen esfuerzos para obtener compras públicas realmente eficientes.

Del mismo modo, tanto las Bases Estandarizadas, aprobadas mediante Directiva 001-2019-OSCE/CD, así como el "Tablero de Requisitos de Calificación y Factores de Evaluación", aprobado mediante Resolución N° 051-2019-OSCE/PRE, deberán adaptarse de tal manera que se puedan incorporar los costos de vida útil y su identificación a través del TCO, como factores de evaluación. Solo de este modo, contaremos con factores objetivos que no den lugar a que el precio sea el único criterio, o que estos sean empleados para direccionar el procedimiento a determinado postor.

Sin perjuicio de lo señalado, claramente, aparecen algunas limitaciones en el modelo TCO, pues la recopilación de datos puede ser muy onerosa, o la compilación de la información puede tomar lapsos de tiempo amplios, o es posible que no se disponga de información relevante. Somos conscientes de que el TCO es una metodología compleja que no podría aplicarse a todos los procedimientos de selección, por lo que deberá estar reservado para aquellos proyectos de gran envergadura. En ese sentido, nuestra propuesta de mejora se implementaría a Concursos o Licitaciones Públicas, debido a que las sumas del valor referencial y/o estimado en estos tipos de procedimientos son de mayor alcance en términos económicos[26].

5. Conclusiones:

- Los factores de evaluación son aquellos elementos preestablecidos y públicos que permiten apreciar las ventajas de una oferta respecto de otras y discriminar entre las ofertas presentadas. Los factores que se suelen usar en las bases son los siguientes: el plazo de entrega de bienes, el plazo de implementación del servicio, garantía comercial, capacitación al personal, mejoras técnicas, personal propuesto, equipamiento, infraestructura, etc.
- La falta de criterios que orienten de manera positiva el ejercicio de facultades discrecionales en la elección de los factores de evaluación, se ve reflejado en dos problemas recurrentes, derivados de una mala práctica administrativa: a) La excesiva

(26) Conforme al literal a) del artículo 5, artículos 22 al 25 del TUOLCE y artículo 17 de la ley 31084, que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2021, la Licitación Pública en caso de bienes solo podrá ser empleada para sumas mayores a S/ 400,000.00; y, para obras, mayores a S/ 1'800,000.00. Por su parte, para los Concursos Públicos, solo se podrán contratar servicios por montos mayores a S/ 400,000.00.

preponderancia del precio como factor de evaluación, lo que origina que el Estado no siempre pueda seleccionar la oferta más conveniente con relación al fin público que se persigue; y, b) El empleo de los factores de evaluación para el direccionamiento de la adjudicación de la buena pro en beneficio de un determinado postor.

- La aplicación de los principios de buen gobierno en el ciclo de la contratación pública tiene un rol fundamental al contribuir a determinar la calidad de las decisiones de adjudicación de ofertas para la adquisición de bienes y servicios en base a una óptima relación entre calidad y precio. Así, los principios de buen gobierno pueden ser catalogados como "principios de buena contratación pública".
- El principio valor por dinero es un principio básico que orienta todo proceso de contratación estatal y que está contenido implícitamente en el principio de eficacia y eficiencia establecido en el TUOLCE.
- El "ciclo de vida útil" (*life-cycle costs*) permite establecer factores de evaluación que incluyan tanto aspectos cuantitativos como cualitativos para determinar la relación calidad-precio. La calidad de un bien o servicio, entendida como el grado en el cual el conjunto de características inherentes al bien o servicio ofertado cumple con los requerimientos del comprador, puede determinarse a partir de criterios como el valor técnico, las características estéticas y funcionales, el servicio posventa y la asistencia técnica, entre otros, y debe estar vinculada al objeto de la contratación.
- Buenos procedimientos de selección en el ámbito de las contrataciones públicas requieren de nuevos instrumentos que permitan direccionar positivamente el ejercicio de la discrecionalidad al momento de definir los criterios de evaluación (como parte de la estructuración del procedimiento) y su aplicación (como parte de la fase de instrucción), así como motivar adecuadamente la adjudicación de ofertas.
- El TCO debe ser comprendido como una metodología de compra dirigido a entender el costo real y relevante de comprar un bien, servicio u obra de determinado proveedor. Se trata de un enfoque complejo que requiere que la parte compradora determine qué costos considera más relevantes o significativos en la adquisición, posesión, uso y posterior disposición de un bien o servicio. Además del precio pagado por el artículo, el TCO puede incluir los costos incurridos por la compra para la realización de pedidos, la investigación y calificación de los proveedores, el transporte, la recepción, la inspección, o el almacenamiento.
- La principal forma de implementar el TCO y su análisis de costo del ciclo de vida útil, es a través de la secuencia de transacciones, lo cual implica analizar el orden en el que se incurren en costos, es decir, según se relacionan con la secuencia de transacción. Dichas etapas son: la pre-transacción, la transacción y la post - transacción.
- La propuesta de mejora podría implementarse a través de la publicación de instrumentos de gestión cuya finalidad sea que las Entidades Públicas tengan parámetros de cómo implementar el TCO y sus procedimientos.

Referencias bibliográficas

Bovis, C. (2015). Building social value in public procurement. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 10*(4), 227-230.

Bovis, C. (2018). Life-cycle costing in the new EU public procurement directives. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 3*, 169-170.

Burgi, M. & Brandmeier, B. (2014). Quality as an interacting award criterion under current and future EU Law. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 1*, 12-26.

Calleja, A. (2013). Procurement beyond award: On the integration of governance principles when executing public private partnerships. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, *8*(4), 294-301.

Castro, A. (2014). Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: Un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En A. Castro (ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos* (pp. 243 – 269). PUCP.

Castro, A. (2018). Análisis de calidad regulatoria, simplificación administrativa y buena administración. En *XXIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*.

Castro, A. (2019). *Principles of good governance and the ombudsman*. Intersentia.

Chanamé, R. (2015). *La Constitución comentada*. Legales Ediciones.

Dimitri, N. (2013). Best value for money in procurement. *Journal of Public Procurement*, *13*(2), pp. 149-175. https://doi.org/10.1108/JOPP-13-02-2013-B001

Dragos, D. & Neamtu, B. (2013). Sustainable public procurement: Life-cycle costing in the new EU directive proposal. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 1*, 19-30.

Ellram, L. (1993). A Framework for Total Cost of Ownership. *The International Journal of*

Logistics Management, *4*(2), 46-60. https://doi.org/10.1108/09574099310804984

Ellram, L. (1993). Total cost of ownership: elements and implementation. *International Journal of Purchasing and Materials Management*, *29*(2), 3-11. https://doi.org/10.1111/j.1745-493X.1993.tb00013.x

Esteve Pardo, J. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

Grupo Gartner (1997). *TCO Analyst*. www.smartflextech.com/downloads/white-papers/TCO_analyst.pdf

Grupo Gartner (2019). *About us*. https://www.gartner.com/en/about.

Luzzini, D. Caniato, F. & Ronchi, S. (2012). *Total Cost of Ownership Along the Supply Chain: A Model Applied to the Tinting Industry* (pp. 1-14). School of Management, Politécnico di Milano. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2024571

Magide, M. (2001). *Límites constitucionales de las administraciones independientes.* INAP.

Mallén, T. (2004). *El derecho fundamental a una buena administración*. INAP.

Martinez Romera, B. & Caranta, R. (2017). EU public procurement law: Purchasing beyond price in the age of climate change. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 12*(3)*,* 281-292.

Ministry of Business, Innovation and Employment of New Zealand (2013). Total Cost of Ownership: An introduction to whole-of-life costing. https://www.procurement.govt.nz/assets/procurement-property/documents/guide-total-cost-ownership.pdf

Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal* (1ª ed.). Gaceta Jurídica.

Morón, J. y Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (1ª ed.). Fondo Editorial de la PUCP.

Morón Urbina, J. (2020). La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración. *Revista de Derecho Administrativo*, *18*, 13-34.

OCDE (2017). *La Contratación Pública en el Perú*: *Reforzando Capacidad y Coordinación*. Éditions OCDE.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2014). *El "direccionamiento" en las obras de asfaltado y pavimentación*. OSCE.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2011). Opinión Nº 066-2011/DTN-OSCE.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2017). Opinión Nº 208-2017/DTN.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2019). Opinión Nº 050-2019-OSCE/DTN.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2015). Los Tiempos en un Proceso de Contratación. *Revista Institucional Al Día, 4*.

Phillips, W.; Caldwell, N. & Callender G. (2007). Public procurement: A pillar of good governance? L. Knight et. al. (edit.). *Public Procurement. International cases and commentary* (pp. 138-148). Routledge.

Ponce, J. (2001). *Deber de buena administración y procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad.* Lex Nova.

Ponce, J. (2014). El Derecho a la Buena Administración y la Calidad de las Decisiones Administrativas. En: A. Castro (ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos* (pp. 85-120). PUCP.

Schmidt-assman, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema.* Marcial Pons.

Shimabukuro N. & Alejos, O. (2018). La naturaleza del procedimiento de selección de contratistas y el carácter común de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *IUS ET VERITAS*, *56*. 62-72. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.004

Smith, M. (2012). Developing administrative principles in the EU: A foundational model of legitimacy? *European Law Journal*, *18*(2), 269-288. https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2011.00597.x

The Ohio Bridge Corporation (2017). *US Bridge Manual – Placing Bridges*.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2002). Asunto C-513/99. Apartado 52.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2002). Asunto T-54/99. Apartados 48-52.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2005). Asunto C-331/2004. Apartado 21.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018). Asunto C-546/16. Apartado 38.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2019). Asunto C-265/17P. Apartado 34.

Tribunal Constitucional. (2003). Expediente Nº 020-2003-AI/TC.

Tribunal Constitucional. (2004). Expediente Nº 1803-2004-AA/TC-JUNÍN.

Tribunal Constitucional. (2004). Expediente Nº 2235-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional. (2004). Expediente Nº 090-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional. (2011). Expediente Nº 017-2011-PI/TC.

United Nations Economic Commission for Europe (2008). *UN Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*. United Nations.

United Nation Commission on International Trade Law (2014). *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*. UNCITRAL.

Van der Valk, W. Wynstra, F. & Hurkens, K. (2006). Total Cost of Ownership in the Services Sector: A Case Study. *The Journal of Supply Chain Management: A Global Review of Purchasing and Supply*, *42*(2), 27-37. https://doi.org/10.1111/j.1745-493X.2006.04201004.x

Wibowo, R. (2017). *Preventing maladministration in Indonesian Public Procurement. A good procurement law approach and comparison with The Netherlands and United Kingdom*. Utrecht University.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.004

Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea(*)

Social clauses and public procurement: the experience of European Union Law

Isabel Gallego Córcoles(**)
Universidad de Castilla-La Mancha (Castilla-La Mancha, España)

Resumen: Aunque en la actualidad la norma de cabecera del Derecho de la Unión Europea proclama que uno de sus objetivos es permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, la realidad demuestra que el reconocimiento de cláusulas sociales en la contratación pública ha experimentado una evolución tortuosa. En las siguientes páginas se analiza dicha evolución, así como se señalan cuáles son las principales dificultades que siguen impidiendo que se haga un uso más social de la contratación pública.

Palabras claves: Cláusulas sociales - Contratación pública estratégica - Criterios de adjudicación - Condiciones de ejecución

Abstract: One of the objectives of the European Union Public Procurement Law is to enable tenderers to make better use of public procurement in support of common social goals. However, the reality shows that the implementation of social clauses in public procurement raises many difficulties. This paper aims to analyze the development of social clauses in public procurement and to identify the obstacles that impede a more social use of public procurement.

Key words: Social clauses - Strategic public procurement - Award criteria - Performance conditions

---

(*) Nota del editor: El artículo fue recibido el 31 de enero de 2021 y su publicación fue aprobada el 15 de marzo de 2021.

(**) Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM). Diplomada en la *European Academy of Public Law*. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UCLM desde 2010, está acreditada a Catedrática desde el año 2020. Ponente en Universidades italianas, británicas y americanas (Universidad de Piura en Perú y Universidad Mayor de San Andrés en Bolivia), ha impartido docencia también en distintos Máster de Universidades españolas. Sus líneas de investigación se han basado principalmente en expropiación forzosa, Derecho de la Contratación Pública y Derecho de Aguas. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4018-3115. Correo electrónico: isabel.gallego@uclm.es.

1. Antecedentes: la progresiva consagración de la contratación pública como instrumento al servicio de políticas ambientales, sociales y de innovación

En la contratación pública late una indudable tensión entre el servicio al interés público y el principio de libre concurrencia. El Derecho español ha otorgado tradicionalmente una preponderancia casi absoluta al primero de los principios, mientras que el Derecho europeo se inclina decididamente a favor del segundo(1). Todo ello ha supuesto una honda transformación en el instituto de la contratación pública. Así, se le ha despojado de las prerrogativas administrativas, elemento tradicionalmente definitorio del contrato administrativo. Sin embargo, esta evolución no implica que el servicio al interés general quede reducido a su mínima expresión, realizado únicamente a través de la consecución de la libre competencia. Los intereses generales vuelven a teñir la contratación una vez que se reconoce el valor de ésta como instrumento para la consecución de distintos mandatos y principios constitucionales (arts. 1.1 y 45 de la Constitución Española, entre otros) y de diversas políticas públicas.

La contratación pública no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las Pymes o la sostenibilidad social y ambiental (Gimeno, 2006, p. 16)(2). En este sentido debe advertirse que en el año 2016, la OCDE cuantificó en un 12% el monto gastado en los países de la OCDE en compras públicas(3). Además, como subraya Gimeno (2014)(4), ignorar la versatilidad estratégica de la contratación pública supone renunciar al liderazgo institucional que corresponde a los poderes públicos.

Esta visión instrumental de la contratación pública implica la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, sin que necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato (Medina, 2011). De esta forma, se consideran objetivos secundarios o políticas horizontales aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente(5).

Entre estos objetivos se encuentra la compra ecológica, la compra socialmente responsable y de forma algo más reciente, el estímulo a la innovación(6). Por lo que más interesa a este estudio, según el documento de la Comisión Europea, "Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública" la compra socialmente responsable se refiere a las operaciones de contratación que "tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento más amplio de la responsabilidad social de las empresas".

Es este concepto amplio en el que se incluyen "compra pública social" y "compra ética". La llamada "compra pública social" tiene por objeto integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la lucha contra el desempleo, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la reserva de contratos a

(1) Entre otros, Meilan (2013, p. 38) y, Moreno y Pleite (2009, p. 63).
(2) En relación con el empleo estratégico de la contratación pública es imprescindible la cita a Gimeno (2014); Pernas (2013); Medina (2011); González (2015).
(3) Datos disponibles en Public Procurement (oecd.org) (fecha de consulta: 1-12-2020). Este porcentaje es sensiblemente mayor en los países Europeos. *Véase* Comunicación de la Comisión Europea "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa", 3.10.2017, COM (2017) 572 Final, p. 3.
(4) Como destaca Rodriguez (2013, p. 43), las nuevas políticas públicas sugieren una llamada a la superación del falso dilema público-privado, y desde esta óptica, el contratista es también colaborador del sector público para la obtención de resultados sociales, de humanización de la realidad, de fortalecimiento de la dignidad del ser humano y de su entorno.
(5) Sobre todo ello, *véase* Medina (2011) y la bibliografía allí citada.
(6) La integración formal de la contratación pública en la política más amplia de innovación no se produce hasta 2003 [*Véase* apartado 5.4 Comunicación de la Comisión "Invertir en investigación: un plan de acción para Europa", COM (2003), 226 FINAL/2, de 4 de junio de 2003]. Sobre los primeros estadios de integración de la política de innovación y la contratación pública, *véase* entre otros, Edler y Georghiou (2007).

Empresas de inserción y Centros Especiales de Empleo. Por su parte, la "compra ética" engloba otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos y derechos de los trabajadores (Medina, 2012)(7).

Desde una perspectiva Europea, el debate sobre la visión instrumental de la contratación pública no es en absoluto novedoso. Ya en el célebre Libro Verde *La Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*(8) se afirmó que "la normativa de contratación pública puede contribuir a lograr los objetivos de las políticas social y medioambiental". No obstante, las dudas sobre la forma de conciliar dichos objetivos con el principio de libre concurrencia fueron recurrentes De este modo, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, permitió desbrozar el camino al autorizar a los poderes adjudicadores a tener en cuenta aspectos ambientales y sociales en sus procedimientos de adjudicación de contratos, si bien se exigía en su puesta en práctica compatibilizar dichos objetivos con los principios que presiden la contratación pública, esto es, los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación. En todo caso, como subraya la autora, la voluntad clara y decida por atender objetivos de interés general desde la regulación sobre contratos públicos llega en el año 2001 de la mano de dos Comunicaciones en las que la Comisión analiza las diversas opciones que ofrecía el marco jurídico comunitario entonces vigente para incorporar aspectos sociales y medioambientales en los contratos públicos. Se trata de la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública* [COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001] y la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* [COM (2001) 566 final de 15 de octubre de 2001] (Medina, 2010)(9).

Ahora bien, de forma más reciente el Derecho europeo no sólo se permite, sino que fomenta la utilización estratégica de la contratación pública y, en este rápido recorrido introductorio, la cita a la Estrategia Europa 2020 es inevitable(10). La Estrategia Europa 2020 afirma con rotundidad que "el año 2010 debe marcar un nuevo principio". Y en el marco de este nuevo comienzo la Comisión propone para la UE cinco objetivos cuantificables para 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Al servicio de la consecución de los mismos aparece reiteradamente la contratación pública.

En este contexto, no causa perplejidad que uno de los dos objetivos de la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la contratación pública del año 2011(11), consistiese en permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Estos objetivos se han plasmado en el considerando segundo de la finalmente aprobada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como se reconoce en dicho considerando:

> La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" ("Estrategia Europa 2020"), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse

(7) Por su parte, la contratación ecológica se define en la Comunicación de la Comisión Europea Contratación pública para un medio ambiente mejor como "un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar" (COM, 2008, p. 4). En relación con ésta, *véase* Razquin (2017) y Pernas (2011).

(8) *Véase* la página 33 de la Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Señor Monti.

(9) Nos remitimos a este trabajo para un análisis detallado de la progresiva incorporación de los objetivos secundarios a la contratación pública.

(10) Comunicación de la Comisión Europea "EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", Bruselas, 3.3.2010. COM (2010) 2020 final.

(11) COM (2011) 896 final, 2011/0438 (COD).

las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Y en este ámbito, la nueva Directiva incorpora múltiples herramientas al servicio de la promoción de la contratación ecológica, social y de innovación. Así, sin ánimo de exhaustividad, puede destacarse la regulación de las etiquetas ambientales y sociales, la flexibilización de la vinculación con el objeto del contrato de los criterios de adjudicación, la inclusión del ciclo de vida como criterio de adjudicación, el énfasis en la definición funcional del objeto del contrato, la introducción de una mayor flexibilidad en el empleo del procedimiento de licitación con negociación -que sustituye al negociado con publicidad y al diálogo competitivo- y el diseño de un nuevo procedimiento, la asociación para la innovación, creado específicamente como herramienta para estimular ésta desde la demanda, etc.

La relevancia de esta nueva batería de herramientas dirigidas a la plasmación de una visión estratégica de la contratación pública no debe soslayarse, más aún cuando se constata que existe una voluntad real por parte de las instituciones europeas de que todos estos mecanismos tengan plena efectividad práctica. La Comunicación de la Comisión Europea "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa"(12) ha llamado la atención sobre el hecho de que los Estados miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica para fomentar objetivos de política social sostenibles y la innovación. En consecuencia, la Comisión anuncia nuevas iniciativas tendentes a garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica. Entre ellas, actualizar las orientaciones sobre la contratación ecológica y social y ofrecer orientaciones sobre la contratación de innovación.

Ahora bien, en la experiencia europea, la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública ha suscitado un gran número de dudas, que el nuevo marco regulatorio vigente no ha terminado de disipar. Valga como expresivo ejemplo de lo anterior que mientras el Manual Adquisiciones Ecológicas, de la Comisión Europea ha alcanzado ya su tercera edición en abril de 2016, todavía no se ha actualizado la Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública(13), publicada en 2010, y que ha quedado totalmente obsoleta tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE. Por el momento, el único documento orientativo es la publicación *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases* ("Haciendo que la contratación pública sostenible funcione: 71 buenas prácticas") de la Agencia Ejecutiva para las Pequeñas y Medianas Empresas de la Comisión Europea (EASME, por sus siglas en inglés)(14).

El objetivo de estas páginas es analizar de forma crítica el tortuoso camino que está recorriendo el Derecho europeo hacia la admisión de la contratación pública como un instrumento de política social. Como en otros ámbitos de la contratación pública, la ausencia de una regulación expresa primero y de una normativa detallada después en las sucesivas Directivas sobre contratación pública ha propiciado que haya sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que ha marcado las principales pautas en el reconocimiento de la posibilidad de utilizar cláusulas sociales en la contratación pública. Por ello en este trabajo se prestará especial atención a la misma, eludiendo realizar una exhaustiva exégesis del marco legal, con el objetivo de prestar atención exclusivamente a aquellos elementos que han resultado realmente conflictivos.

2. La admisión de las cláusulas sociales en la contratación pública en la vacilante doctrina del tribunal de justicia de la unión europea

2.1. El punto de partida: distintas fases, distintas posibilidades de incorporación de cláusulas sociales

(12) *Véase* la página 4 de la Comunicación de 3.10.2017, COM (2017) 572 Final.
(13) SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010.
(14) Este documento es del año 2020. La recopilación de casos prácticos pretende mejorar el conocimiento y comprensión del potencial de la contratación pública socialmente responsable, mostrando 71 ejemplos de cómo los compradores públicos han obtenido beneficios sociales en la práctica. Este estudio pretende difundir modelos de procedimientos de licitación y políticas públicas adecuados con el fin de estimular su réplica en distintas partes de Europa. El estudio refleja la opinión de los autores, sin que necesariamente coincida con la de la EASME. En todo caso, se anuncia que la Comisión está trabajando en la actualización de la Guía Adquisiciones sociales, cuya nueva versión se preveía que estuviera publicada ese mismo año.

La primera sentencia europea que aborda la posibilidad de incorporar cláusulas sociales a la contratación pública fue la STJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, Gebroeders Beentjes. Este pronunciamiento tiene su origen en una cuestión prejudicial suscitada en el litigio emprendido por una empresa que fue excluida de un procedimiento de licitación porque, entre otras razones, a juicio del órgano de contratación "no parecía en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado".

Pues bien, en el marco de este litigio el TJUE niega tajantemente que la cláusula "condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado" pueda válidamente incluirse como criterio de solvencia o como criterio de adjudicación. Así (apartado 28):

> Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva.

La cláusula, según la sentencia que reseñamos, podría en todo caso incluirse como condición de ejecución del contrato. Pero ello siempre que cumpla un doble requisito: a) que respete el principio de publicidad, es decir, que esté incluido en el anuncio de licitación y b) que no resulte discriminatoria. Así,

> La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.

Y lo cierto es que el propio Tribunal considera que una cláusula de este tipo puede eventualmente encerrar una discriminación indirecta hacia las empresas no nacionales. En los términos de la citada sentencia:

> La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta.

En definitiva, el Tribunal de Justicia excluye como criterio de adjudicación contractual un criterio relativo a la "lucha contra el desempleo", pero considera aceptable y compatible con el Derecho comunitario una condición vinculada al empleo de trabajadores en paro prolongado, calificándola de condición específica adicional, siempre que no resulte discriminatoria y que tal condición se mencione en el anuncio de licitación (apartado 36).

No obstante, las sentencias posteriores no han sido totalmente coherentes con este punto de partida, tanto por defecto como por exceso. Esto debido a que, por un lado, han admitido una cláusula social relativa al desempleo como criterio de adjudicación. Por otro lado, se ha rechazado una cláusula relativa al cumplimiento de convenios colectivos como condición de ejecución, por lo que la aparente mayor flexibilidad para incluir cláusulas sociales como condición de ejecución quedó pronto cuestionada en la práctica.

2.2. Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación en la jurisprudencia del TJUE

2.2.1. Primeras dudas: La paradójica admisión de un criterio de adjudicación relativa a la lucha contra el desempleo

Apenas dos años después de la sentencia Gebroeders Beentjes, el Tribunal Europeo tuvo oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre uno de los caballos de batalla del Derecho español: la posibilidad de incorporar cláusulas sociales como criterios de adjudicación[15]. En relación con esta cuestión, la STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, analizó el recurso interpuesto por la Comisión europea contra Francia, entre otros aspectos y por lo que aquí interesa, por incluir explícitamente como criterio de adjudicación una condición relativa al empleo relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. La Comisión defendía, precisamente, que dicho criterio vulneraba el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37. El precepto, con un tenor asimilable al artículo 53 Directiva 2004/18/CE, establecía que los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien, en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del

(15) Hemos tenido ocasión de analizar esta problemática con profundidad en Gallego (2019).

contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

Dado el precedente jurisprudencial ya existente, y el tenor literal del precepto, podría haberse vaticinado el éxito del recurso interpuesto por la Comisión. No obstante, el TJUE considera la cláusula adecuada al Derecho de la Unión Europea. Así:

> No obstante, esta disposición no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (…).
>
> En lo que atañe a la alegación formulada por la Comisión según la cual la sentencia Beentjes, antes citada, se refería a una condición de ejecución del contrato y no a un criterio de adjudicación de éste, basta con señalar que, tal como se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes, antes citada, la condición de contratar a parados de larga duración, sobre la que versaba dicho asunto, había servido de base para la exclusión de un licitador, por lo que sólo podía constituir un criterio de adjudicación del contrato.
>
> En el caso de autos, tal como se indica en el apartado 48 de la presente sentencia, la Comisión sólo pone en entredicho la mención de tal criterio como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación. No alega que el criterio de lucha contra el desempleo no respete los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación, ni que no se haya publicado en el anuncio de licitación.

Puede advertirse, por tanto, que en la sentencia se introduce un giro en la jurisprudencia anterior[16] que no está suficientemente motivado, pues el segundo de los párrafos reseñados es de difícil inteligencia. En aquel momento, la Comisión Europea era muy reacia a admitir cláusulas sociales como criterios de adjudicación. En su interpretación de esta sentencia, subrayó así que esta condición se consideraba como un criterio accesorio no determinante después de comparar las ofertas desde un punto de vista puramente económico[17]. Por ello, en la *Guía de 2010* sobre incorporación de cuestiones sociales en la contratación pública[18], la Comisión realizó un importante esfuerzo para deslindar los criterios de adjudicación de carácter social que guardan una relación directa con el objeto del contrato de aquellos que no lo tienen. Solo serían admisibles los primeros.

Se señala así que los criterios individuales que determinarán la oferta económicamente más ventajosa o de mejor valor deberán formularse de manera tal que: (i) Estén vinculados al objeto del contrato que se va a adquirir (según se describe en las especificaciones técnicas)[19]; (ii) Permitan evaluar las licitaciones según sus criterios cualitativos y económicos en todos sus sectores a fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa. Y se facilitan ejemplos de cláusulas admisibles y cláusulas que no lo son. Respetaría así el Derecho de la Unión que en una contratación pública para la atención de personas con discapacidad, los criterios de adjudicación puedan tener encuentra requisitos relativos a satisfacer las necesidades específicas de cada categoría de usuario (por ejemplo, personalización del servicio según la edad, el sexo o las dificultades sociales de los usuarios, etc.).

Sin embargo, no sería posible utilizar criterios de adjudicación relacionados con la creación de nuevos puestos de trabajo en el mercado local, pues un criterio de ese tipo no está vinculado al objeto del contrato (por ejemplo, la construcción de una obra). Esta forma de comprender la vinculación de la cláusula social con el objeto del contrato queda completamente desautorizada por la sentencia que reseñamos a continuación.

2.2.2. Una aclaración imprescindible: ¿En qué consiste la vinculación de la cláusula social con el objeto del contrato?

La relevante STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión c. Países Bajos, as. C-368/10[20] analiza la compatibilidad con el Derecho de

(16) Como afirmara Medina (2012) esta sentencia implica avanzar un paso respecto a la sentencia Gebroeders Beentjes.

(17) Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM (2001) 566 final.

(18) *Véase* la página 37 de la Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública. SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010.

(19) Las especificaciones técnicas definen el nivel de cumplimiento exigido (por ejemplo, normas de accesibilidad en las especificaciones técnicas) En este sentido, el documento destaca que la entidad adjudicadora puede decidir que se otorguen puntos adicionales en la etapa de adjudicación a cualquier producto o servicio cuyo rendimiento sea mejor al del nivel mínimo. Por ejemplo, cuando se hace referencia a una norma de accesibilidad, por ejemplo a la web como en el caso de la norma UNE 139803 "Requisitos de accesibilidad para contenidos Web" (España), es posible cumplir en tres niveles: A, AA o AAA. Se podrían otorgar puntos adicionales a la oferta que alcanza el nivel más alto.

(20) En relación con esta sentencia, *véase* Medina (2013).

la Unión de la exigencia de una etiqueta ecológica (EKO) y una etiqueta relativa al comercio justo (MAX HAVELAAR) en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de té y café licitado por una provincia holandesa. La sentencia reviste particular interés porque examina si estas etiquetas eran admisibles tanto como especificación técnica, criterio de adjudicación y como requisito de capacidad técnica.

En lo que a los criterios de adjudicación respecta, aunque a este supuesto es aplicable *ratione temporis* la posterior Directiva 2004/18/CE, que exige expresamente que el criterio de adjudicación se encuentre vinculado con el objeto del contrato [Artículo 53.1 a][21], la sentencia introduce una interpretación del Derecho de la contratación pública europeo que supera las concepciones más estrictas de la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato que reseñamos en el epígrafe anterior.

Esto se debe a que, por un lado, se admite que los poderes adjudicadores puedan elegir criterios de adjudicación basados en consideraciones de carácter social que se refieren a personas distintas de los usuarios de las obras, suministros y servicios objeto del contrato. Y ello pese a que el considerando cuadragésimo sexto de la Directiva 2004/18/CE literalmente se refería a que "el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios objeto del contrato". Por otro lado, se entiende que una etiqueta social presenta con el contrato controvertido el vínculo exigido por el artículo 53.1 a) de la Directiva 2004/18/CE. Y es que:

> Para apreciar el fundamento de la imputación relativa a la falta de un vínculo suficiente entre el criterio de adjudicación controvertido y el objeto del contrato, es preciso, por una parte, tener en cuenta los criterios en que se basan las etiquetas EKO y MAX HAVELAAR. (…) dichos criterios caracterizan productos procedentes de la agricultura ecológica y del comercio justo, respectivamente. (…). En cuanto al comercio justo, (…) resulta que los criterios impuestos por la fundación que concede la etiqueta MAX HAVELAAR tienen por objeto favorecer a los pequeños productores de los países en desarrollo al mantener con ellos relaciones comerciales que tienen en cuenta las necesidades reales de dichos productores, y no sólo las leyes del mercado. De estas indicaciones se desprende que el criterio de adjudicación controvertido se refería a características medioambientales y sociales comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.
>
> Por otra parte, procede señalar que, con arreglo a la descripción del contrato que figura en el subcapítulo 1.4 del pliego de condiciones, ese contrato tenía por objeto, en particular, el suministro del café, el té y otros ingredientes necesarios para la elaboración de las bebidas disponibles en las máquinas expendedoras. Además, de la redacción del criterio de adjudicación controvertido resulta que éste sólo se refería a los ingredientes que se suministraran en el marco de dicho contrato, sin ninguna implicación con respecto a la política general de compras de los licitadores. Por consiguiente, esos criterios se referían a productos cuyo suministro constituía una parte del objeto de dicho contrato.
>
> Por último, como se desprende del punto 110 de las conclusiones de la Abogado General, no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste (…)[22].

De esta forma, aunque materialmente no se haya incorporado al producto, las condiciones de comercialización del producto tienen para el Tribunal una clara y especifica relación con el objeto del contrato. En este punto, es difícil expresar la vinculación entre el objeto del contrato y su proceso de elaboración y comercialización de una forma más sugerente a la reflejada en las conclusiones de la Abogado General Kokott[23]. Como se afirma de forma magistral, "aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social".

(21) Dispone este precepto que "sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:
a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución".

(22) En todo caso, la cláusula controvertida se declara contraria al Derecho de la Unión puesto que no se garantizaron los principios de igualdad y transparencia, ya que ni se indicaron los criterios en los que se basa la etiqueta cuestionada ni se autorizó que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reúne esos criterios.

(23) Conclusiones presentadas el 15 de diciembre de 2011.

2.3. Las cláusulas sociales como condición de ejecución: La encrucijada del Derecho social europeo

Una herramienta con gran potencialidad para lograr objetivos secundarios en la contratación pública es el establecimiento de obligaciones concretas de cara a la ejecución del contrato. De hecho, el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE ya establecía que los poderes adjudicadores podían exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, en clara recopilación de la doctrina de la sentencia Beentjes. Además, añadía el precepto, "las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a las consideraciones de tipo social y medioambiental". En este sentido, la Comisión europea afirmaba que condiciones de ejecución del contrato constituyen, generalmente, la etapa más apropiada del procedimiento para incluir aspectos sociales relacionados con cuestiones de empleo y condiciones laborales de los trabajadores involucrados en la ejecución del contrato(24).

Por todo ello, no dejó de sorprender que la STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, *Rüffert,* considerase incompatible con el Derecho de la Unión una condición de ejecución relativa al salario de los trabajadores que debía emplear la empresa adjudicataria. En efecto, la sentencia analizó si era compatible con el Derecho europeo la norma de un Land alemán según la cual los contratos de obras solo podrán adjudicarse a las empresas que en la licitación se comprometiesen por escrito a pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios.

Pues bien, el Tribunal europeo consideró esa cláusula inadmisible, ya que el artículo 8 Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios solo permite establecer salarios mínimos por referencia a convenios colectivos cuando estos tengan alcance general. Dado que el convenio aplicable en el asunto controvertido se refería exclusivamente a "Edificios y Obras Públicas", el TJUE concluye que no se trata de un convenio de tal naturaleza. De esta forma, el Tribunal no opera, ni mucho menos, con excesiva generosidad al fijar el término de referencia -sector de la construcción, en lugar de sector de la obra pública-. En definitiva, en la argumentación de la sentencia *Rüffert* no se realiza remisión alguna a la normativa sobre contratación pública, que probablemente hubiera permitido abordar esta problemática adoptando una solución distinta(25). Baste recordar que el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE consideraba expresamente la normativa social aplicada como una regulación de mínimos(26).

Al margen de ello, se han planteado dudas en relación con la posibilidad de que la normativa de un Estado miembro establezca salarios mínimos en caso de deslocalización de los servicios(27). En este sentido, la STJUE de 18 de septiembre de 2014, as C-549/13, *Bundesdruckerei*, analizó si era compatible con el Derecho de la Unión determinada norma alemana que imponía a los licitadores y a sus subcontratistas que se comprometiesen a pagar al personal que ejecute las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo. La controversia surge ante la decisión de determinado órgano de contratación de exigir esta condición a un operador económico que tenía intención de subcontratar la ejecución del contrato a una empresa radicada en Polonia, lugar donde exclusivamente iba a realizarse la prestación.

El TJUE concluyó que en una situación en la que un licitador tiene previsto ejecutar

(24) Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública. SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010.
(25) Comparto en este punto las consideraciones en este punto realizadas por Medina (2013, p. 229 y ss).
(26) En concreto, el considerando 34 de la Directiva afirma literalmente que: "las leyes reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al Derecho comunitario. Para las situaciones transfronterizas, en las que los trabajadores de un Estado miembro prestan sus servicios en otro Estado miembro para la realización de un contrato público, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, enuncia las condiciones mínimas que han de respetarse en el país de acogida en relación con dichos trabajadores desplazados".
(27) La Resolución 83/2015 de 12 de junio de 2015 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid explica que la deslocalización consiste en el traslado de una actividad productiva a otros países de menor nivel de desarrollo, para beneficiarse de los menores costes fiscales y de la mano de obra en ellos y supone la sustitución de empleo nacional por extranjero que amenaza el tejido productivo y el trabajo en los países más avanzados donde se producen pérdidas de capital y empleo que entra en competición con el de las economías menos desarrolladas. El efecto más importante es la pérdida de puestos de trabajo en origen, en el país al que van dirigidos los suministros o servicios, donde aumenta el gasto social para atender ese desempleo y la recalificación profesional de los trabajadores.

un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, el derecho a la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE) se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa. En definitiva, las normas sobre el mercado interior europeo impiden que se puedan disponer medidas tendentes a dificultar la deslocalización de servicios en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, como se ha señalado en alguna Resolución española, este tipo de medidas sí podrían ser admisibles cuando la prestación del servicio se traslada fuera del ámbito territorial de la Unión(28).

3. Directiva 2014/24/EU: principales novedades en la regulación de las cláusulas sociales

La norma de cabecera del Derecho de la contratación pública europeo, la Directiva 2014/24/EU, tiene como uno de sus objetivos permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Ello implica que se introduzcan cambios sustanciales en relación con la posibilidad de utilización de la contratación pública de forma estratégica, muchos de los cuales tienen su origen en la jurisprudencia europea que acabamos de analizar.

En primer lugar, la vocación más social de la Directiva 2014/24/UE se refleja ya en los principios de la contratación. La Directiva 2014/18/CE se limitaba a enunciar que los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia(29). Frente a ello, el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE tiene un contenido más ambicioso y así se establece que los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X(30). Además, el citado artículo 18 introduce un nuevo principio, de especial relevancia en el ámbito de la configuración de las cláusulas sociales: el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, entre las novedades de Directiva 2014/24/UE ha de destacarse que

(28) Así, la citada Resolución 83/2015 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid afirma que "(…) en los supuestos de deslocalización nos referimos a un supuesto distinto cual es la prestación de servicios en un país no comunitario con destino a España. Como hemos dicho la normativa de contratación admite que empresarios extranjeros participen en licitaciones nacionales compitiendo para prestar un servicio desde su país de origen con destino España. Pero cuando es un nacional el que licita compitiendo con otros nacionales, el recurso a la deslocalización para prestar servicios no en el país de asiento sino en el de destino de los servicios que es el nacional, podría suponer un fraude de ley que distorsiona el principio de libre competencia en cuyo caso la oferta debería ser rechazada".

(29) La necesidad de que en la ejecución de los contratos públicos se respetara el Derecho social y laboral se contenía exclusivamente en el considerando 34 de la Directiva, según el cual "las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al Derecho comunitario (…)".

(30) En concreto:
Convenio OIT 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,
Convenio OIT 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva,
Convenio OIT 29 sobre el trabajo forzoso,
Convenio OIT 105 sobre la abolición del trabajo forzoso,
Convenio OIT 138 sobre la edad mínima,
Convenio OIT 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación),
Convenio OIT 100 sobre igualdad de remuneración,
Convenio OIT 182 sobre las peores formas de trabajo infantil,
Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono,
Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea),
Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP),
Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, y sus tres Protocolos regionales.

las características sociales se incluyen expresamente como aspectos que pueden incluir los criterios de adjudicación. Establece así el artículo 67.2 de la Directiva que "la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia (…) y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate".

Sin embargo, quizá el elemento más reseñable en la nueva regulación no es esta mención expresa. No desaparece en la Directiva la exigencia de que el criterio de adjudicación esté vinculado al objeto del contrato. Sin embargo, y esta aclaración es de gran interés práctico, este requisito se flexibiliza, de forma que esta vinculación no implica que el elemento objeto de valoración se incorpore físicamente a la prestación. Se codifica así la doctrina de la sentencia Comisión contra Países Bajos antes citada. Como se afirma en el considerando 97 de la Directiva, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.

De esta forma, el artículo 67.3 de la Directiva establece que:

> Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios; b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de ida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

Las dificultades han surgido a la hora de determinar en qué consiste un "proceso específico de producción y prestación". Y las dudas se han planteado porque no existe referencia a las condiciones laborales de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato como criterio de adjudicación en el artículo 67.3 de la Directiva. Dicho en otros términos, de los considerandos de la Directiva se desprende que puede favorecerse la contratación de sectores desfavorecidos de la población a través de la inclusión de criterios de adjudicación que permitan valorar la contratación laboral con colectivos con dificultades para acceder al mercado de trabajo. Ahora bien, no se aclara expresamente si a través de la contratación pública, pueden mejorarse las condiciones laborales de los trabajadores que van a realizar la prestación.

Por otro lado, la posibilidad de incluir cláusulas sociales como condición de ejecución se contemplaba ya en la derogada Directiva 2004/18/CE. A diferencia de aquella norma(31), la Directiva 2014/24/UE establece expresamente que las condiciones de ejecución deben estar igualmente vinculadas con el objeto del contrato. Así, según su artículo 70, "los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir (…), consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo". De esta forma, la condición de ejecución debe respetar el mismo canon de vinculación con el objeto del contrato, como resalta el considerando 99 de la Directiva(32), que los criterios de adjudicación. Ello supone la superación definitiva de la doctrina Beentjes y de todas las interpretaciones que le han seguido que habían sugerido que existe un

(31) Según su artículo 26, "los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental".

(32) Así, "las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación (sic.) de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios".

mayor potencial para la utilización de cláusulas sociales como condiciones de ejecución que como criterios de adjudicación.

Desde la perspectiva de la posibilidad de establecer mejoras en las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato público como condición de ejecución, la Directiva 2014/24/UE puede empañar aún más esta posibilidad, ya que desaparece la mención al carácter de normativa de mínimos que la Directiva 96/71/CE tenía en el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE(33). Frente a ello, el considerando 37 de la nueva norma dispone que "las medidas pertinentes se deben aplicar con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la igualdad de trato. Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros". Sobre esta cuestión, se insiste en el considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE(34).

Como ha señalado Arrowsmith (2014)(35), la clara simetría establecida entre criterios de adjudicación y condiciones de ejecución que establece la Directiva 2014/24/UE muestra la admisibilidad de este tipo de consideraciones sociales como criterios de adjudicación, siempre y cuando se refieren a la ejecución de la concreta prestación y no de otro tipo de actividades del operador económico. De esta forma, como señala la autora que seguimos en este punto, este tipo de criterios vinculados a las condiciones laborales estarían bien incluidos en el concepto de "prestación", bien habría que entender que el listado del artículo 67.3 no es exhaustivo, tal y como por otro lado, se desprende tanto del tenor literal de dicho artículo como del considerando 92(36).

Finalmente, en lo que respecta a las cautelas que frente a la deslocalización de servicios pueden establecerse en el ámbito de la Unión Europea, en los considerandos de la Directiva se codifica el contenido de la sentencia Bundesdruckerei. Según el considerando 38 de la Directiva, debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características. Cuando los servicios que se presten a distancia, por ejemplo, servicios prestados por centros de atención telefónica, debe considerarse que dichos servicios se prestan en el lugar en el que se realizan los servicios, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan los servicios.

En definitiva, uno de los aspectos más relevantes de la nueva regulación europea es que se intenta potenciar la utilización de la contratación pública para la consecución de objetivos de carácter social, partiendo de la codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se incorpora a la norma sin grandes matizaciones. Desde un punto de vista más técnico, una de las principales aportaciones de la Directiva 2014/24/EU es que se dota a los poderes adjudicadores de una mayor flexibilidad a la hora de incorporar las cláusulas sociales, de forma que podrán valorar su incorporación bien como criterio de adjudicación -lo que en el pasado había resultado muy controvertido- bien como condición de ejecución. Si se incorpora como criterio de adjudicación es factible que resulte adjudicatario un licitador que no adquiera el compromiso social. El hecho de que la cláusula social no deba cumplirse ya obligatoriamente por todos los licitadores puede vencer las resistencias de determinados poderes adjudicadores a incorporar cláusulas sociales. Por ello, la nueva disciplina europea merece una crítica favorable.

(33) Así, según el considerando 37 de la nueva Directiva, "las medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros".

(34) Según éste: "es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate. Además, deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva".

(35) Enfatiza igualmente el carácter simétrico de la regulación Bordalo (2014, p. 130). El paralelismo entre criterios de adjudicación y condiciones de ejecución, en todo caso, está igualmente claramente establecido en los considerando 93, 97 y 99.

(36) En efecto, en dicho considerando se alude expresamente a que "en el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales". *Véase* Diez (2017, p. 216).

En todo caso, a la hora de diseñar una concreta licitación deberá valorarse cuidadosamente cuál es la naturaleza más idónea, en el contexto de dicha contratación, de la cláusula social que pretenda incluirse. Así, la utilización de criterios sociales como criterios de adjudicación puede tener grandes ventajas en aquellos contratos en los que no se conoce con exactitud -o el órgano contratante no tiene los medios necesarios para conocer- las características, la disponibilidad y el precio de los productos o servicios más sostenibles, ya que, frente a otras alternativas, el establecimiento de un determinado nivel de rendimiento social como criterio de adjudicación no impide la presentación de ofertas por parte de empresas que no son capaces de alcanzar los requisitos exigidos (Miranzo, 2017)[37].

Por otro lado, la utilización de criterios de adjudicación de carácter estratégico constituye un mecanismo preciso para valorar los costes de los beneficios que son objeto del criterio de adjudicación, ya que estos costes se reflejarán en el precio u en otros elementos de las ofertas (Arrowsmith, 2018).

Cuando el poder adjudicador esté dotado de un mayor conocimiento del mercado y la consecución del objetivo social adquiera una relevancia mayor en el contexto de la concreta licitación, puede resultar aconsejable configurar esta como condición de ejecución. En todo caso, la introducción la incorporación de cláusulas sociales, cualquiera que sea su naturaleza, debe acompañarse de medidas que permitan comprobar su cumplimiento efectivo en fase de ejecución [STJUE 4/12/2003, Wienstrom, as. C-448/01]. En otro caso, se producirían distorsiones en la competencia sin que pueda garantizarse que dichas distorsiones han sido útiles para la consecución del fin de interés general que justifica su inclusión.

4. Posteriores desarrollos de la doctrina del tribunal de justicia de la unión europea

4.1. Planteamiento

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE, tres sentencias del Tribunal de Justicia han analizado cuestiones relacionadas con la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública. No obstante, dos de estas sentencias siguen aplicando los contenidos de la Directiva 2014/18/CE, dada la fecha en la que surgen los litigios. Aun así, la doctrina elaborada en ambos pronunciamientos es en principio trasladable a la normativa hoy vigente.

4.2. De nuevo sobre la fijación de un salario mínimo como condición de ejecución: ¿Superación de la doctrina Ruffert?

Como ya hemos señalado, la sentencia *Ruffert* mantuvo una interpretación muy restrictiva de la posibilidad de que las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato público pudieran mejorarse a través de la incorporación de una determinada condición de ejecución.

Posteriormente, la STJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost,* asunto C-115/2014 mantuvo una interpretación más generosa del marco legal. Esta última sentencia consideró admisible una condición de ejecución relativa a salarios mínimos, fijada por una disposición legal para todos los contratos públicos en el ámbito territorial de un determinado Land. Aunque la sentencia encierra ciertas ambigüedades, de la misma puede advertirse también una tendencia a la superación del que se ha llamado "jurisprudencia comunitaria antisocial" del bienio 2007-2008 (Molina, 2016).

De especial importancia es su apartado 65, según el cual "la limitación del ámbito de aplicación de la norma nacional a los contratos públicos es la mera consecuencia del hecho de que existen normas de Derecho de la Unión que son específicas en este ámbito, en el presente caso las previstas en la Directiva 2004/18" (Molina, 2016)[38]. A partir dicha afirmación se puede defender la posibilidad de establecer unas condiciones laborales más generosas para las trabajadores en el ámbito público, siempre eso sí, que se establezcan a través de disposiciones legales[39].

(37) Desde la perspectiva ambiental.
(38) En el mismo sentido, Vázquez (2016, p. 146).
(39) De especial interés son los apartados 74-76 de la sentencia, según los cuales: "Así, en la sentencia Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189), el Tribunal de Justicia se basó en la constatación de que el asunto que dio origen a esa sentencia versaba sobre un convenio colectivo que sólo se aplicaba al sector de la construcción, no cubría los contratos privados y no había sido declarado de aplicación general. Por otro lado, el Tribunal de Justicia señaló que la cuantía de salario mínimo fijado en ese convenio colectivo excedía de la cuantía de salario mínimo aplicable en ese sector en virtud de la AEntG. (…). Pues bien, la cuantía de salario mínimo impuesta por la norma controvertida en el asunto principal está fijada por una disposición legal que, como norma imperativa de protección mínima, se aplica, en principio, de modo general a la adjudicación de todo contrato público en el Land de Renania-Palatinado, con independencia del sector de que se trate. (…). Además, esta disposición legal confiere una protección social mínima dado que, en

4.3. Protección de salarios en la ejecución del contrato: exigencias del principio de proporcionalidad

La sentencia STJUE de 27 de noviembre de 2019, C 402/18, *Tedeschi*, analiza la compatibilidad de determinada previsión establecida en el Derecho italiano cuya finalidad es proteger los salarios de los subcontratistas. Esta cuestión se resuelve a la luz de la Directiva 2004/18/CE, aplicable *ratione temporis*.

Concretamente, la cuestión prejudicial cuestiona la adecuación al Derecho de la Unión europea de la norma italiana que establece que los adjudicatarios deberán aplicar a las prestaciones subcontratadas los mismos precios unitarios que resulten de la adjudicación, con una reducción no superior al 20%.

Pues bien, el Tribunal Europeo considera que tal disposición es contraria al Derecho de la Unión. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal parte de que la norma hace menos atractivo el recurso a la subcontratación, cuando, precisamente, la subcontratación permite el acceso de las PYMES a la contratación pública, objetivo perseguido por la Directiva. En este sentido, el Tribunal resalta que ninguno de los objetivos invocados permite justificar el establecimiento de este requisito sobre el precio a abonar a los subcontratistas.

En primer lugar, no puede justificarse la medida en la protección de los trabajadores subcontratados, ya que, según el Tribunal, la medida iría más allá de lo necesario. La normativa sería desproporcionada en este aspecto ya que no deja lugar a una apreciación casuística por parte del poder adjudicador, pues se aplica independientemente de cualquier toma en consideración de la protección social garantizada por las leyes, los reglamentos y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores de que se trate. Y en este punto se destaca que:

> 66 El Derecho italiano dispone que el subcontratista está obligado, al igual que el adjudicatario, a respetar plenamente en relación con sus trabajadores, para las prestaciones realizadas en subcontrata, el tratamiento económico y reglamentario establecido por los convenios colectivos nacionales y territoriales vigentes en el sector y en la zona en la que se realicen las prestaciones. Conforme a estos mismos datos, el adjudicatario es, además, responsable solidario de la observancia de la referida reglamentación por parte del subcontratista.
>
> 67 Se desprende igualmente de los datos comunicados al Tribunal de Justicia que, en el caso de autos, la subcontratación de que se trata implica el recurso a cooperativas sociales que disfrutan, con arreglo a la normativa italiana aplicable a tales cooperativas, de un régimen preferencial en materia de fiscalidad, de contribuciones, de remuneración y de seguridad social, y que esta normativa pretende precisamente facilitar la integración en el mercado de trabajo de determinadas personas desfavorecidas permitiendo que se les abone una remuneración inferior a la que se exige en el caso de otras personas que realizan prestaciones análogas. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones necesarias a este respecto.

En segundo lugar, la invocación del principio de igualdad no es suficiente para defender la validez del requisito, ya que el mero hecho de que un licitador pueda limitar sus costes gracias a los precios que negocie con los subcontratistas no viola en sí el principio de igualdad de trato, sino que más bien contribuye a una competencia reforzada.

Por último, añade el Tribunal, el límite no puede motivarse invocando el objetivo de asegurar la viabilidad de la oferta y de la correcta ejecución del contrato, ya que existen en el Derecho de la contratación pública otras medidas menos restrictivas que facilitan este objetivo (comprobación de las capacidades de la subcontratista, ofertas anormalmente bajas, etc.).

En definitiva, la sentencia reviste relevancia por varios aspectos. En primer lugar, es patente la inseguridad jurídica que rodea la posibilidad de incorporar consideraciones sociales a la contratación pública. En este aspecto baste señalar que la Comisión europea, que todavía no ha conseguido publicar la actualización de la guía sobre consideraciones sociales a las Directivas de 2014 -como ya hemos destacado-, había defendido en sus observaciones escritas ante el TJUE que la medida era compatible con el Derecho de la Unión. En segundo lugar, es destacable la relevancia que el principio de proporcionalidad adquiere en el ámbito de la contratación estratégica. Este principio exige plantear con exquisita prudencia la adopción de medidas abstractas de aplicación general, al menos en el ámbito de lo social.

4.4. El cumplimiento de la normativa sociolaboral en fase de ejecución como principio cardinal del Derecho europeo

La primera sentencia que ha abordado una cuestión relativa a cláusulas sociales a la que es aplicable la Directiva 2014/24/UE es la STJUE de 30 de enero de 2020, C- 395/18, *Tim SpA*. Relacionada con la necesidad

el momento de los hechos del asunto principal, ni la AEntG ni ninguna otra normativa nacional imponían un salario mínimo de nivel inferior en el sector de los servicios postales.

de que en la ejecución del contrato se respete la normativa sociolaboral, aborda las consecuencias que respecto a la oferta tiene que el licitador pretenda subcontratar parte de la prestación con una empresa que no respeta las normas relativas al derecho al trabajo de las personas discapacitadas. La sentencia reviste gran interés, pues de las distintas opciones interpretativas acoge aquella que permite reforzar en mayor medida la obligación de que en la ejecución de los contratos se respeten las obligaciones medioambientales, sociales y laborales.

Así, el artículo 71, apartado 6, letra b) de la Directiva 2014/24/UE dispone los Estados miembros podrán tomar las medidas oportunas para evitar el incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral. En particular:

> Los poderes adjudicadores, (…) podrán comprobar (…) si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57. En tales casos, el poder adjudicador exigirá que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido (...).

De esta forma, la consecuencia que prevé el Derecho europeo en los supuestos en los que el subcontratista esté incurso en causa de exclusión por incumplimiento de obligaciones sociolaborales es la sustitución del subcontratista, sin que se prevea expresamente la exclusión del licitador. Sin embargo, el Derecho italiano -aplicable a la cuestión prejudicial que es origen de la sentencia- va más allá al imponer la exclusión del licitador[40]. Pues bien, el Tribunal Europeo confirma que esta consecuencia más severa no vulnera la Directiva 2014/24/UE. Para fundamentar esta interpretación, el TJUE hace exclusiva referencia a los artículos 18.2 y artículo 57.4 a) de la Directiva 2014/24/UE.

Así, por un lado, se destaca que:

> al establecer en el apartado 2 de dicho artículo que los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, el legislador de la Unión quiso erigir este requisito en principio, al igual que los demás principios contemplados en el apartado 1 del citado artículo, a saber, los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad, así como de prohibición de excluir la contratación del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 o de restringir artificialmente la competencia. De ello se deduce que un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros". [énfasis agregado].

Por otro lado, se subraya que:

> cuando la normativa nacional establece que tiene la facultad -o incluso la obligación- de excluir al operador económico (…) la entidad adjudicadora está obligada, en aras de la observancia del principio de igualdad de trato, a comprobar la existencia de cualquier incumplimiento de tales obligaciones [en materia ambiental, social y laboral] no solo en relación con todos los operadores económicos que han presentado ofertas, sino también con respecto a todos los subcontratistas que los operadores económicos hayan mencionado en sus respectivas ofertas.

Ahora bien, para que la exclusión del operador económico sea conforme al Derecho europeo ha de respetar el principio de proporcionalidad. Lo que implica que: en primer lugar, el operador económico debe tener la posibilidad de demostrar su fiabilidad a través de la presentación de medidas correctoras, al amparo del artículo 57.6 de la Directiva; en segundo lugar, el poder adjudicador debe tener la facultad de valorar de forma individualizada las circunstancias particulares del caso.

En este sentido, debe destacarse que la legislación nacional aplicable exigía la presentación de una terna de subcontratistas en la oferta, sin que ello supusiese la obligación por parte del operador económico de subcontratar la prestación durante la ejecución del contrato. En estas circunstancias, la exclusión es fácilmente calificable como desproporcionada. Otro de los aspectos que deben ser valorados por el poder adjudicador son los medios de que disponía el operador económico que ha presentado la oferta para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de los subcontratistas.

En definitiva, la sentencia tiene el gran valor de colocar en pie de igualdad el cumplimiento de la normativa sociolaboral con principios de la contratación más clásicos

(40) El artículo 80, apartado 5, letra i) del "Código de Contratos Públicos" italiano establece: "Las entidades adjudicadoras excluirán de la participación en un procedimiento de licitación al operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones que se exponen a continuación, lo que se aplicará asimismo a un subcontratista en los casos previstos en el artículo 105, apartado 6, cuando:…] i) el operador económico no presente la certificación a que se refiere el artículo 17 de la Ley 68 (…) o no autocertifique la existencia de dicho requisito (…)". Este último precepto establece que las empresas que participen en licitaciones públicas estarán obligadas a presentar, con carácter previo y bajo pena de exclusión, un certificado expedido por el representante legal respectivo que acredite que la empresa cumple las normas relativas al derecho al trabajo de las personas discapacitadas.

como el de libre competencia. No obstante, una vez más, la inclusión de una cláusula social debe respetar el test de proporcionalidad, que se convierte nuevamente en un elemento de trascendental importancia.

5. Recapitulación

Durante los más de veinte años que han transcurrido desde la sentencia Beentjes se ha esbozado una evolución, no sin ciertas contradicciones, tendentes primero a admitir, y luego a consagrar, la utilización estratégica de la contratación pública en el ámbito del Derecho europeo. No obstante, introducir los principios de promoción social junto a los principios clásicos de igualdad y concurrencia no ha resultado en absoluto sencillo. Aunque desde la aprobación de la Directiva 2014/24/UE el impulso de la contratación estratégica es un elemento caracterizador del Derecho europeo de los contratos públicos, la plasmación de cláusulas sociales en la contratación pública sigue marcada por un importante halo de inseguridad jurídica. Y la ausencia de certeza en el Derecho dificulta de hecho que los órganos de contratación puedan hacer un uso más extensivo de la contratación social.

Esta limitación se nos antoja de difícil solución a falta del documento orientativo de la Comisión que siente las bases de la utilización de cláusulas sociales en la contratación pública, porque aunque en algunos ordenamientos nacionales o en las guías aprobadas por distintas administraciones nacionales se proponen soluciones con cierto grado de abstracción -que garantizan la seguridad jurídica-, en la práctica estas soluciones desconocen que el Derecho europeo exige que caso a caso se realice una ponderación de los distintos principios en juego. La articulación de todos ellos depende de la aplicación del principio de proporcionalidad. De esta forma, para alcanzar un grado deseable de seguridad jurídica respecto a la utilización de cláusulas sociales en la contratación pública -a falta de un documento orientativo suficientemente sólido-, será preciso una mayor experiencia aplicativa que permita adquirir suficiente pericia en la aplicación del triple test de proporcionalidad. En este sentido, un elemento fundamental en la introducción de cada cláusula será su motivación.

En todo caso, la utilización de la contratación pública como elemento de política social de forma exitosa no dependerá exclusivamente de la calidad de la norma ni de la destreza en su interpretación, sino fundamentalmente del acierto en su ejecución. Y ello plantea desafíos que van más allá de lo estrictamente jurídico. Será preciso así que exista un alto grado de compromiso político, que se favorezca una contratación menos burocratizada y más profesional (Gimeno, 2014)[41], y que se formulen estrategias de contratación claras[42]. No debe desdeñarse la posibilidad de plantear reformas organizativas, dentro de un planteamiento holístico en el seno de cada organización[43]. Y finalmente, la posibilidad de aprender de experiencias previas y de conseguir impactos significativos dependerá de la capacidad de evaluación de las iniciativas desplegadas[44].

La práctica demuestra así que una utilización inadecuada de las cláusulas estratégicas no sólo compromete la realización del objetivo político perseguido -en aquel caso, la creación de empleo-, sino también la realización de los principios de igualdad, transparencia y eficiencia. La contratación estratégica es transversal. Pero será preciso valorar cuidadosamente el objetivo a perseguir y elegir el medio idóneo, de forma que se tienda a lograr el deseable equilibrio entre los distintos fines y principios que el procedimiento de licitación ha de armonizar.

(41) Sobre ello *véase* Recomendación de la Comisión de 3.10.2017 "Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública", C (2017) 6654 final. Entre las recomendaciones se encuentra facilitar y fomentar el pensamiento estratégico.

(42) Sobre este aspecto insiste la citada Comunicación "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa", p. 7. En relación con el ello, el artículo 334.2 LCSP establece como uno de los objetivos de la Estrategia Nacional de Contratación Pública "utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación".

(43) *Véase* el Estudio "*Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*" realizado a instancias de la Comisión Europea, diciembre 2015. Como se afirma en la p. 98, la contratación pública estratégica comprende tres áreas de políticas públicas diferentes -compra ecológica, compra socialmente responsable y compra innovadora- que están vinculadas de múltiples formas. Sin embargo, muy a menudo dichas políticas se tratan como ámbitos diferenciados y en ello no se implica directamente a los órganos responsables de la contratación pública, que se sienten ajenos a estas políticas públicas.

(44) Así, el estudio Estudio "*Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*" pone de manifiesto que la monitorización representa el área de mayor debilidad de la compra pública estratégica. Y aunque se llevan a cabo iniciativas en los distintos Estados Miembros, a menudo se realiza de forma irregular. De esta forma, es difícil obtener un marco preciso de los resultados de la contratación pública estratégica y aprender lecciones para el diseño de públicas.

Por otro lado, la incorporación de cláusulas estratégicas exige que se realice el consecuente control del cumplimiento efectivo de la cláusula en cuestión durante la fase de ejecución. Y ello, independientemente de la fase en la que esta cláusula entre a formar parte del contenido obligacional pactado. Porque de otro modo, durante la fase de licitación no se llevará a cabo una competencia real, sino meros juegos de ilusión y artificio. De nada sirve el respeto escrupuloso en la fase de adjudicación de los principios de igualdad y transparencia si, tras la conclusión del procedimiento, el cumplimiento de lo ofertado por el licitador (o de lo exigido por el poder público) queda al albur del adjudicatario.

Referencias bibliográficas

Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet and Maxwell, 3.

Bordalo, F. (2014). Award Criteria in the New EU Directive on Public Procurement. *Public Procurement Law Review*, *23*.

Díez, S. (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 21*, 195-219. http://hdl.handle.net/10486/686468

Edler, J. & Georghiou, L. (2007). Public procurement and innovation-Resurrecting the demand side. *Research Policy, 36*, 949-963. https://doi.org/10.1016/j.respol.2007.03.003

Gallego, C. (2019). Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y de desempate. En Pardo, M. & Sánchez, A. (dirs.), *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos: guía práctica profesional* (pp. 107-125). Aranzadi.

Gimeno, J. M. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Civitas.

Gimeno, J. M. (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia: (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos).* Aranzadi.

González, V. (2015). Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública. *Revista Española de Derecho Europeo, 56*, 13-42.

Medina, T. (2011). Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea. En Gimeno, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*. Aranzadi.

Medina, T. (2012). La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *REDA, 153*, 213-240.

Meilan, J. L. (2013). Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión. *Revista de Administración Pública*, *191*, 11-41.

Miranzo, J. (2017). Los criterios de adjudicación ambientales en las Directivas de 2014. En Razquin, M. & Alenza, J. (coord.). *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (pp. 383-404), Aranzadi.

Molina, C. (2016). Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de su "legitimidad" al de sus "limites. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 135, 79-110.

Moreno, J. & Pleite, F. (2009). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático, 2.*

Pernas, J. (2011). *Contratación Pública Verde.* La Ley.

Pernas, J. (2013). *Contratación Pública Estratégica*. Aranzadi.

Razquin, M. (2017). *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente.* Aranzadi.

Rodriguez, J. (2013). La contratación del sector público como política pública. En *Contratación Pública Estratégica*. Aranzadi.

Vázquez, E. (2016). El pago de un salario mínimo como condición especial de ejecución en los contratos públicos. Comentario a la STJUE en el caso Regio Post. *Contratación Administrativa Práctica, 146*, 28-41.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.005

¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España(*)

Make in the public sector or buy from the private sector? The regulation of administrative self-supply in Spain

Carlos Alberto Amoedo-Souto(**)
Universidad de La Coruña (La Coruña, España)

Resumen: El presente trabajo proporciona una panorámica sobre el actual debate de las técnicas de autoprovisión administrativa en España. El concepto de autoprovisión administrativa se utiliza para explicar las distintas opciones a disposición de los gestores públicos para la satisfacción de las necesidades administrativas de bienes y servicios dentro del propio sector público. Se discute también el panorama normativo de las decisiones administrativas de hacer o comprar al mercado, tal y como se configuran por la Ley 9/2017, de contratos del sector público, así como el surgimiento de mercados públicos al margen de los mercados empresariales de compra pública. Finalmente, todo ello se contextualiza en el debate transaccional en curso sobre la necesidad de mejorar la capacidad prestacional del sector público como herramienta de fortalecimiento del Estado de Bienestar.

Palabras clave: Autoprovisión administrativa - Decisiones de hacer o comprar al mercado - Ley de Contratos del Sector Público - Derecho Administrativo

Abstract: This paper draws up an overview on the current status of in-house providing techniques in Spain. The concept of administrative self-supply is provided in order to cover and explain the most common modes of fulfilling the needs of services, goods and utilities whitin the public sector. We discuss the “make or buy decisions”, according to the new public procurement Act (9/2017), and the rise of public markets apart from business markets. Finally, we put this subject under the light of the transnational debate about the need of improving performance of public sector as a tool for Werlfare State empowerment.

Keywords: Administrative self-supply - Make or buy decisions in Public Sector - Spanish Act on Public Procurement - Administrative Law

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 19 de febrero de 2021 y su publicación fue aprobada el 17 de abril de 2021.
(**) Doctor en Derecho por Universidade da Coruña (La Coruña, España). Director de Cátedra de Derecho Local en Universidade da Coruña. Especialista en Derecho Administrativo. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2360-868X. Correo electrónico: casou@udc.gal

1. Objeto del presente trabajo

El presente trabajo tiene como objeto situar a los lectores peruanos ante la actual situación en España de la regulación jurídica de lo que vamos a denominar "autoprovisión administrativa".

En una aproximación preliminar, este concepto jurídico trata de proporcionar un paraguas conceptual coherente al conjunto de técnicas de gestión administrativa mediante las cuales las Administraciones públicas pueden satisfacer entre sí las necesidades vinculadas al cumplimiento de sus misiones de servicio público.

A través de tres negocios típicos reconocidos en nuestro Derecho público -convenios de colaboración, encomiendas de gestión o encargos obligatorios- la finalidad de la autoprovisión es atender las necesidades del sector público dentro del propio sector público, esto es, contando con la capacidad de prestación de servicios que ofrecen las propias administraciones y sus personificaciones instrumentales, sin acudir al mercado en demanda de los bienes y servicios necesarios para atender el interés general a cuyo servicio las administraciones públicas se sitúan constitucionalmente.

Como puede observarse, la autoprovisión administrativa nos sitúa ante un problema o disyuntiva transversal de la acción administrativa global: lo que los anglosajones conocen como las *make or buy decisions*. El contenido y procedimiento de adopción de estas decisiones suelen estar configuradas por cada ordenamiento jurídico con una combinación de aspectos discrecionales y reglados. Esta combinación obedece a las tradiciones de cada país y, específicamente en nuestro contexto europeo, a las reglas de juego establecidas en las sucesivas Directivas de contratación pública de la Unión Europea.

Tales decisiones de "hacer" o "comprar" han constituido tradicionalmente un campo de conflicto entre las opciones soberanas de cada Estado miembro a la hora de configurar el funcionamiento de sus sectores públicos, y el desarrollo del mercado europeo interior de compra pública de bienes y servicios.

Durante los últimos veinte años, al menos, desde el famoso caso *Teckal*, resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 1999, el árbitro de estas tensiones ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia ha ido tejiendo una compleja madeja casuística de la materia(1). El corpus jurisprudencial generado en los últimos años podría caracterizarse de manera muy sumaria, por lo que ahora nos interesa, mediante tres rasgos distintivos:

- Su *casuismo y heterogeneidad*: el Tribunal interpreta la compatibilidad de un concreto derecho "operativo" nacional con las Directivas de contratación vigentes a la luz de casos concreto y, en algunas ocasiones, con el régimen de ayudas públicas. La proliferación de asuntos sometidos a la jurisdicción del TJUE ha configurado una jurisprudencia no siempre clara ni unívoca en su alcance, dadas las muchas particularidades que nacen de la coexistencia de 28 derechos administrativos nacionales distintos entre sí, y de las dificultades de traducción de sus avatares "patológicos" a las claves del derecho interno de otro Estado miembro(2).
- Una visión *pancontractualista* de la actividad administrativa, y de la definición misma de la noción europea de contrato público, cristalizada mediante la profundización casuística en los dos requisitos generales de la aplicabilidad de la autoprovisión o *in house providing*: un criterio subjetivo-organizativo (la existencia de "control análogo") y otro criterio funcional (que la misión dominante de la entidad adjudicataria sea servir a

(1) Los principales hitos de esta evolución han sido las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005, asunto Stadt Halle *RPL Lochau* (Asunto C-26/03); de 13 de octubre de 2005, asunto *Parking Brixen* (C-458/03); de 21 de julio de 2005, asunto *Coname* (C 231/03); de 19 de abril de 2007, asunto *Tragsa* (C-295/05); sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant* (C-324/07); de 9 de junio de 2009, asunto *Hamburgo* (C-480/06); sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto *Sea Srl/Commune di Ponte Nossa* (C-573/07); de 29 de noviembre de 2012, asunto *Econord Spa*; de 19 de diciembre de 2012, asunto *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11); de 13 de junio de 2013, asunto *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH* (C- 386/11); Sentencia de 8 de mayo de 2014 asunto *Datenlotsen Informationssysteme GmbH* (C-15/13; Sentencia de 19 de junio de 2014, asunto *Centro hospitalar de Setúbal y Such*. (C-574/12); Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto Azienda sanitaria locale (C-113/13); Sentencia de 8 de diciembre de 2016, asunto Cogesa SpA (C-553/2015); Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto Remondis I (C-51/15).

(2) *Véase* en este sentido el trabajo de De la Sierra, S. (2016). Límites y utilidades del derecho comparado en el derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico financiera. *Revista de Administración Pública*, *201*, 69-99; y Boix, A. (2017). La europeización del Derecho administrativo español. En Martín, I.; Almeida, M. & Di Lascio, F. (coords.), *La europeización del derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español* (pp. 35-108). Andavira.

su entidad controladora, sin una vocación predominante de operar en el mercado) relacionado con la salvaguarda de una limpia concurrencia mercantil entre sector público empresarial y sector privado.

- La progresiva *dulcificación* de una interpretación originalmente estricta de estos criterios. Tendencia que tiene su cabo de las tormentas en un asunto español: el caso TRAGSA II de 19 de abril de 2007[3]. Especialmente, en materia de colaboración público-público esta evolución hacia una mayor permisividad puede contemplarse con suma claridad mediante la lectura yuxtapuesta de las sentencias del TJUE de 13 de enero de 2005 (recaída sobre la exclusión absoluta de los convenios de nuestra ley de contratos)[4] y de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, Comisión contra Alemania, más conocida como asunto Hamburgo)[5].

Por la concurrencia de estos tres rasgos, los últimos años han sido de una profunda inseguridad sobre la consistencia comunitaria de dos grandes aspectos o dimensiones de nuestro derecho administrativo en sus tres niveles territoriales: (i) las formas organizativas (políticas de personificación instrumental) y, (ii) las formas operativas (políticas de gestión pública a través de convenios, contratos, encomiendas de gestión, etc.).

Frente a ello, el paquete de Directivas actualmente en vigor sobre contratación pública de 2014, tramitadas y aprobadas poco después de superar lo peor del *crash* financiero de 2008, han apostado por introducir una regulación específica más clara de las formas de cooperación dentro del sector público, admitiendo que tanto la denominada colaboración público-público vertical (mandatos administrativos obligatorios a formas públicas de personificación instrumental), como la colaboración público-público horizontal (convenios de colaboración) no se someten a las Directivas, siempre que cumplan con una serie de requisitos, cuyo contenido es el que las Directivas han armonizado ahora a nivel europeo.

Así pues, la dimensión europea de esta regulación interna es un rasgo insoslayable de la aproximación jurídica a esta materia en España. Dimensión que, sin embargo, está ausente en las regulaciones latinoamericanas.

2. Las peculiaridades constitucionales del modelo peruano de compra pública

Hecha la anterior presentación de lo que vamos a desarrollar en este trabajo, se hace necesario a continuación introducir una advertencia metodológica: siempre que se utiliza el canon del derecho comparado en cualquier trabajo jurídico-público, se impone como requisito previo la fijación, siquiera sea sumaria, del campo específico que va a funcionar como parámetro de referencia o comparación entre realidades jurídicas diversas.

En tal sentido, es de destacar la especificidad de las técnicas jurídicas

(3) *Véase* Janssen, V.A. (2014), The Institucionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: towards a more coherent approach? *Utrecht Law Review*, *10*(5), 180. Como consecuencia de esta sentencia, el Tribunal Supremo dictó la STS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008/645)

(4) Esta sentencia condenó al Reino de España por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP de 2000 los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, dando lugar a una reforma del artículo 3.1.c) del TRLCAP mediante Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. En este artículo se excluyen los convenios interadministrativos, salvo que la materia sobre la que versen sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios cuyos importes sean superiores a las cuantías establecidas como umbral comunitario. Se estableció así una norma que pervive hasta hoy, y que hace girar la diferencia entre convenio y contrato alrededor del más que discutible criterio del objeto.

(5) En esta Sentencia, el Tribunal de Justicia "recuerda, en particular, que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (*véase* la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartados 48 y 49). (...) el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (*véase* la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 50 y 51)".

utilizadas por el Derecho público peruano, cuya lógica obedece a claves propias. Destacadamente, la regulación de esta materia aparece condicionada por la fuerza gravitatoria ejercida por el artículo 76 de la Constitución peruana de 1993. Un precepto de indudable importancia, porque entraña una constitucionalización del dogma neoliberal del contratista interpuesto que carece de parangón en el derecho europeo. En él se establece la "obligatoriedad de la contrata y licitación pública" en los siguientes términos: "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".

A pesar de ello, en Perú se mantiene la posibilidad (*extra legem*, por así decirlo) de realizar obras mediante ejecución directa de la propia Administración. En efecto, ante el silencio del Texto Único Ordenado de la Ley 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, de 12 de marzo de 2019, tal opción se regula en un breve, y longevo, instrumento normativo de rango reglamentario, la Resolución de Contraloría Nº 195-88-CG del 18 de julio de 1988(6).

Además de lo anterior, el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado excluye de su ámbito de aplicación (y somete al control del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) los "convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro".

Si dirigimos la mirada al Texto Único Ordenado de la Ley 27444 (en adelante, TUO de la Ley 27444), de procedimiento administrativo general de Perú, el artículo 82 recoge la figura del "encargo de gestión", que equivale, *mutatis mutandis*, a nuestras "encomiendas de gestión". El artículo 82.4, con todo, recoge un fenómeno jurídico peculiar, como es que "mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo".

A su vez, el artículo 90 de esta Ley regula las denominadas "costas de colaboración" entre entidades que colaboran interinstitucionalmente mediante convenios de colaboración, de modo que el principio de gratuidad ["La solicitud de colaboración no genera el pago de tasas, derechos administrativos o de cualquier otro concepto que implique pago alguno, entre entidades de la administración pública" (art. 90.1 del TUO de la Ley 27444)], se matiza del siguiente modo: "A petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra entidad tendrá que pagar a ésta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad" (art. 90.2 del TUO de la Ley 27444).

Hay en el Derecho público peruano, así pues, un abanico de posibilidades "materiales" de autoprovisión administrativa. Sin embargo, estas opciones carecen de una lógica jurídica común, y chocan con la mentalidad jurídica habitual de los operadores peruanos, en la que sigue predominando la visión pro empresarial de la satisfacción de las necesidades públicas que se deriva de su Constitución de 1993. Juan Carlos Morón Urbina nos ha dado cuenta de todo ello en esta misma revista con su trabajo "Las Obras por Administración directa y por encargo ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?"(7).

Paradójicamente, en España esta mentalidad es también mayoritaria, pero no por mandato constitucional, sino por la paulatina penetración del ordoliberalismo europeo en el conjunto de nuestros esquemas jurídicos.

---

(6) De su contenido, nos interesa retener cuatro aspectos:
1. Las Entidades que programen la ejecución de obras bajo esta modalidad, deben contar con la asignación presupuestal correspondiente, el personal técnico administrativo y los equipos necesarios.
2. Los Convenios que celebren las Entidades para encargar la ejecución de Obras por Administración Directa, deben precisar la capacidad operativa que dispone la Entidad Ejecutora a fin de asegurar el cumplimiento de las metas previstas.
3. Es requisito indispensable para la ejecución de estas obras, contar con el Expediente Técnico aprobado por el nivel competente, el mismo que comprenderá básicamente lo siguiente: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos, metrados, presupuesto base con su análisis de costos y cronograma de adquisición de materiales y de ejecución de obra. En los casos que existan normas específicas referidas a la obra, se recabará el pronunciamiento del sector y/o Entidad que corresponda.
4. La Entidad debe demostrar que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulte igual o menos al presupuesto base deducida la utilidad, situación que deberá reflejarse en la liquidación de la obra.

(7) *Véase* Morón, J. (2016). Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas? *Ius et Veritas*, *53*, 246-260.

3. El predominio de una hermenéutica (neoliberal) de la sospecha frente a la autoprovisión administrativa

Aunque en España no existe ningún precepto legal precepto legal, ni constitucional, que afirme el dogma del contratista interpuesto, desde comienzos de siglo XXI, el trabajo conjunto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la autoridad independiente de control de los mercados y la competencia (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y los Tribunales de Cuentas estatal y autonómicos (Contralorías) ha ido arraigando lo que denomino una "lógica de la sospecha" contra las formas de autoprovisión administrativa.

Su comprensión mayoritaria entre la pléyade de juristas académicos y prácticos que se dedican a estas cuestiones (letrados de la Administración, interventores, auditores de cuentas públicas, jueces, miembros de los tribunales administrativos de contratación) es la de una excepción a la *vis expansiva* de la concurrencia mercantil propia del derecho comunitario de contratación pública, de modo que, como tal excepción, debe ser sometida a una interpretación jurídica restrictiva(8). La regla general debe ser, pues, la de que las necesidades administrativas deben ser atendidas mediante el recurso a los mercados empresariales, a través de procedimientos de licitación abiertos y transparentes, que garanticen la mayor eficiencia al menor precio disponible.

En particular, cuando se habla de encargos obligatorios es frecuente que se parta de prejuicios previos, verosímiles, desde luego, pero no siempre contrastados con la realidad. Es la visión (ideológica, en cuanto que visión sesgada, abstracta y generalizante) de los encargos obligatorios como algo *malo*; bien como un subterfugio de huida del Derecho Administrativo(9), bien como una alteración de la libre concurrencia mercantil incompatible con el Derecho comunitario, bien como un foco de corruptelas e ineficiencias. Un escenario, en definitiva, de fallos de mercado y prácticas ineficientes de variado cariz, incluida la resiliente corrupción, que pone fácilmente en guardia tanto al crédulo del mercado como al santo inocente de la gestión administrativa.

Como testimonio de la influencia de estos sesgos, es particularmente significativo que se siga invocando el Derecho y la jurisprudencia comunitarias como fundamento de la visión excepcional de la autoprovisión, cuando el legislador comunitario, desde las Directivas de armonización de la contratación pública de 2014 ha apostado por una nueva formulación de la autoprovisión que aporta innovaciones destacables y un amplio margen para el desarrollo interno por los Estados miembros.

A pesar de ello, el enfoque del legislador español de contratos, plasmado en la Ley 9/2017, combina un apego literal al texto de las directivas con unos desarrollos propios que obedecen más a la inercia de esa política jurídica "desconfiada", en cuyo interior laten distintos sesgos ideológicos que, de tan familiares y frecuentes, han pasado a gozar de la invisibilidad de lo obvio.

Hoy, sin embargo, tales sesgos hermenéuticos se han convertido un obstáculo para la correcta comprensión del material jurídico vigente. Nuestro país se caracteriza, en este sentido, por la gran distancia que existe entre su práctica administrativa, en la que la autoprovisión es utilizada frecuentemente y con normalidad por múltiples actores político-administrativos, y esa cultura jurídico administrativa dominante.

---

(8) *Véase* en este sentido los trabajos de Gimeno Feliú, J. M. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Thomson Civitas, en especial las páginas 127-151; Fuertes, M. & Sosa, F. (2007) ¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación in house. *Diario La Ley*, 6.715; González, J. (2007). Medios propios de la Administración, colaboración administrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. *Revista de Administración Pública*, *173*, 217-237; Berna, M. (2008). Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007. *Revista Española de Derecho Administrativo, 137*, 115-138; Noguera, B. (2010). Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria. *Revista de Administración Pública*, *182*, 159-190; Pernas, J.(2008). *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos: análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Iustel; Montoya, E. (2011). La delimitación de los encargos domésticos: presupuesto para evitar la huida de las garantías de la contratación pública. En F. López (coord.). *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (pp. 859-907). Iustel; más recientemente, *véase* Gallego, I. (2015). Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE. *Contratación Administrativa Práctica*, *140*, 70-78.

(9) Desde el punto de vista de la "huida del Derecho Administrativo" hacia unos esquemas de funcionamiento administrativo menos garantistas y transparentes y, por ende, más abierto a las frecuentes patologías de nuestras Administraciones (clientelismo, precarización laboral, corrupción, etc.). *Véase* Amoedo-Souto, C. (2004). *Tragsa. Medios propios y huida del Derecho Administrativo*. Atelier; Cuadros, M. (2014). Patologías en el empleo público: el caso Tragsa. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, *168*, 305-334.

4. La prestación interadministrativa de servicios en España: una realidad resiliente

Especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, el sector público ha venido prestando una gran cantidad de servicios a la ciudadanía. De hecho, lo viene haciendo de manera habitual, como expresan, sin ir más lejos, las técnicas tributarias de las tasas y los precios públicos, cuyos objetos imponibles no son sino la prestación de servicios que pueden o no tener su correspondiente correlato en el sector privado.

Hoy, con un simple vistazo a los catálogos actualizados de tasas y precios públicos en los portales de transparencia de las administraciones, podremos contemplar la cantidad y variedad de servicios prestados y bienes proporcionados desde el sector público a la ciudadanía en general.

Pero en determinados casos, las Administraciones, en particular, aquellas especializadas en el desarrollo de una determinada actividad, han venido también prestándose servicios entre ellas. Desde la recaudación de tributos municipales realizada por una Diputación para un ayuntamiento, hasta la fabricación de un navío de guerra, pasando por la realización de caminos de concentración parcelaria, el saneamiento ganadero, la consultoría en ingeniería o arquitectura, la realización de un control metrológico o la venta de inmuebles desafectados del servicio público, la provisión interadministrativa de bienes, suministros y servicios ha venido siendo un fenómeno habitual en nuestro país.

Gráfico sobre la evaluación (acumulado) del número de entidades que adquieren la condición de medio propio en los ámbitos estatal y autonómico.

Fuente: Elaboración propia con datos del BOE. Boletines oficiales autonómicos y directorios de empresas públicas de algunas CCAA.

El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de junio de 2013, titulado "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia", calcula que el número de medios propios -personificaciones instrumentales de derecho público o derecho privado, como empresas mercantiles o fundaciones- vinculados a la Administración General del Estado (AGE) y de las Comunidades Autónomas, asciende a 155, 37 estatales y 118 autonómicos. Se constató un incremento de su uso a partir de 2007, coincidiendo con el inicio de la crisis económica.

Estas entidades se encuentran activas en los más variados sectores de la actividad económica, entre otros: consultoría técnica, ejecución de obra civil, militar, agraria o forestal, servicios de certificación electrónica, promoción exterior o edición de medios escritos a través de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Recientemente, el 5 de noviembre de 2020, la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) aprobó el "Informe de la Intervención General del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP", para su remisión a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON). Este informe diagnostica la utilización de encargos obligatorios a medios propios personificados en la Administración General del Estado, ya bajo la vigencia de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, y nos proporciona datos oficiales actualizados sobre la realidad de estos encargos en la Administración General del Estado. Constituye, por tanto, una radiografía de la situación actual de la operativa con encargos obligatorios en esta Administración.

Así, los 5 mayores medios propios estatales (TRAGSA, TRAGSATEC, FNMT-RCM, ISDEFE e INECO) facturaron en 2019 un total de 1.020 millones de euros.

En el caso de los poderes adjudicadores "Administración Pública" analizados por la IGAE, más del 50% del importe de los encargos se ha ejecutado por dos medios propios: FNMT-RCM, (22,44%) y TRAGSATEC (24,18%). INECO supone un 17,41% y el resto (18 medios propios) está por debajo del 10% cada uno de ellos.

TRAGSATEC, ISDEFE e INECO sólo han ejecutado encargos de servicios, mientras que la FNMT-RCM ejecuta mayoritariamente encargos de suministros.

En el caso de los poderes adjudicadores Administración Pública analizados por la Intervención General del Ministerio de Defensa, ISDEFE ha ejecutado más de 90% del importe de EMP en este ámbito.

El volumen de encargos obligatorios realizados a los medios propios estatales en el período analizado (9 de marzo de 2018 a 30 de abril de 2019) alcanzó los 800 millones de euros, repartidos entre la administración general del Estado (710 millones) y el Ministerio de Defensa (90 millones).

Si descontamos el efecto obras, el porcentaje de operativa con encargos sobre contrataciones se eleva en la AGE al 34%, frente al 1,27% del Ministerio de Defensa. En el informe se concluye que "Prácticamente todos los departamentos ministeriales y gran parte de los organismos públicos recurren a este negocio jurídico por lo que la especificidad inicial de esta figura ha desaparecido para situarse en el tablero de opciones para el gestor público de una forma muy significativa" (página 28 del Informe).

La "normalización" de la autoprovisión administrativa como alternativa gestora no es coyuntural. Al contrario. Se trata de una alternativa "resiliente", directamente relacionada con las rigideces y carencias endémicas de nuestras administraciones. En particular, no puede explicarse sin tener en cuenta fenómenos tan arraigados como la escasa dotación de personal público, los costes de oportunidad en la gestión de los procedimientos administrativos abiertos de adjudicación de contratos, o las propias malas prácticas de los contratistas de las Administraciones ("adicción al modificado", dilación en el cumplimiento de plazos de ejecución, tendencia a la captura de rentas públicas, etc.).

No es de extrañar, pues, que en una época que ha hecho de la eficiencia necesidad y virtud, la apuesta por la autoprovisión administrativa mediante el recurso a medios propios instrumentales se haya incrementado en el Reino de España, al margen de una regulación jurídica todavía tributaria de la visión de estas técnicas como una excepción.

5. La nueva regulación básica de la autoprovisión administrativa en la Ley 9/2017, de contratos del sector público: una escala en tránsito

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), ha sido la norma básica encargada de trasponer a nuestro ordenamiento interno los artículos 17 y 12 de las Directivas 23 y 24/2014. En ella debemos buscar los materiales normativos con los que construir el actual régimen jurídico básico común de la autoprovisión en España.

Con todo, es necesario tener presente que la autoprovisión en los denominados sectores excluidos (agua, energía, transportes y servicios postales) conforma un régimen básico especial, cuya relevancia no es menor.

Tras años de bloqueo parlamentario, la Directiva 25/2014 ha sido finalmente transpuesta a nuestro ordenamiento interno mediante un Real Decreto-ley: el 3/2020, de 4 de febrero. Con esta publicación en una norma de origen gubernamental, se ha pretendido evitar que recayese sentencia condenatoria contra el Reino de España por falta de trasposición de la Directiva 25[(10)]. El Libro Primero de este Real Decreto-Ley se dedica a recoger las normas de trasposición –126 artículos– de la Directiva 25, cuya entrada en vigor el día 5 de marzo de 2020 ha derogado la homóloga Ley 31/2007.

Del grupo normativo que acabamos de describir, cuatro son los rasgos jurídicos que nos interesa destacar en este momento. En una primera lectura transversal del conjunto de este material normativo, parece evidente que el criterio general seguido por el legislador

(10) La Comisión Europea impuso multas coercitivas a los Estados miembros que no traspusieron correctamente la Directiva 25. Vid. en este sentido el Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2018 por la Comisión Europea contra la República de Austria, Asunto C-76/18, y el interpuesto el 7 de febrero de 2018 contra Luxemburgo, Asunto C-88/18. El 7 de diciembre de 2017 la Comisión Europea interpuso contra el Reino de España dos recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que declarase que España ha incumplido las obligaciones de trasposición de la Directiva 25. Precisamente por ello, en las palabras del Preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2020, "Ante la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retraso en la completa incorporación al ordenamiento jurídico español de las citadas Directivas, y en cumplimiento de la Decisión del Consejo de 2016, resulta imprescindible acudir a la aprobación de un real decreto ley para proceder a su transposición urgente, lo que previsiblemente determinará que los recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decaigan por pérdida de su objeto y, en cualquier caso, debería evitar la imposición de sanciones económicas a España, al haber solicitado la Comisión Europea la imposición de multas coercitivas diarias". Así se ha justificado la utilización de un Real Decreto Ley como norma de trasposición.

español ha sido la trasposición literal de los tres criterios de las Directivas de 2014 conforme a los cuales la realización de encargos de cooperación vertical y las operaciones de colaboración horizontal resultan compatibles con el Derecho comunitario de contratación pública.

La nueva LCSP desarrolla el afán comunitario de incorporar y regular con pormenor distintas técnicas no contractuales de autoprovisión administrativa. Esto es, de regular los criterios cuya presencia hacen posible generar negocios jurídicos destinados a la satisfacción *dentro del sector público* de las necesidades de bienes y servicios destinados a la atención de las misiones de servicio público de la competencia de cada administración, sin por ello alterar el funcionamiento del libre mercado(11).

Sin embargo, como veremos, el legislador básico ha optado por aplicar una característica lectura interna restrictiva de las técnicas de autoprovisión, que no se deduce directamente de las Directivas. La tradicional lógica de la sospecha se ha mantenido como telón de fondo inspirador del actual enfoque regulatorio.

En tercer lugar, esta lectura interna restrictiva ha sido desarrollada mediante dos movimientos complementarios: el aumento de la densidad normativa de los preceptos legales dedicados a la autoprovisión vertical (art. 32 y 33 LCSP), continuando la combinación de aspectos "contractuales" comunitarios con los aspectos "organizativos" internos que se incorporaron en su día en la Ley de contratos del sector público de 2007. Ello ha creado una normativa básica abigarrada y compleja que, paradójicamente, ha generado más incertidumbres que certezas.

En particular, la legislación básica contractual actual debe ser observada por todas las administraciones territoriales y sus personificaciones jurídicas, aunque las entidades locales gocen de normas específicas contenidas en la Ley de Bases de Régimen Local, y las Comunidades Autónomas gocen de la potestad de desarrollo y adaptación conforme a sus propios criterios de oportunidad político-administrativa en materia de autoorganización. De ahí que, junto a la legislación básica contractual preexistan y coexistan normas legales autonómicas y de ámbito local reguladoras de operaciones de autoprovisión administrativa, habilitadas por títulos competenciales específicos, cuyo régimen de eficacia normativa respecto de la LCSP demanda una interpretación sistemática coherente que no siempre resulta fácil.

Un cuarto aspecto relevante es la inestabilidad e inseguridad jurídica del cuadro jurídico resultante. Ello se deriva, a su vez, de la confluencia de tres aspectos clave:

- El hecho de no haberse desarrollado reglamentariamente los múltiples aspectos operativos que los artículos 32 y 33 LCSP han dejado abiertos en un ámbito de actuación administrativa sometido, como sabemos, a una "lógica de la sospecha". Apenas se han producido desarrollos mediante instrucciones e informes de los órganos de fiscalización de la Administración General del Estado. Documentos carentes de valor normativo para el resto de niveles territoriales de gobierno, pero que han actuado como una especie de *soft law* para el conjunto del sector público.

- La modificación sobrevenida de los artículos 32 y 33 en cuatro ocasiones: en apenas 3 años de vigor, la redacción original de estos dos artículos ha sido alterada posteriormente en cuatro ocasiones(12). El hecho de que estas

(11) La doctrina se ha ocupado de interpretar sistemáticamente estos preceptos. Deben señalarse en este sentido los trabajos de Lozano Cutanda, B. & Lozano Puyol, I. (2017). Los nuevos requisitos de la contratación in-house previstos en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 40/2015. *Contratación Administrativa Práctica*, (148); Alemany, J. (2017). *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*. Atelier; Fernández-Figares, L. M. (2017). *Los encargos a medios propios en la legislación actual: Texto adaptado a las leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial Reus; Amoedo-Souto, C. A. (2018). Los encargos a medios propios e instrumentales. ¿Hacia un nuevo comienzo? En J. M. Gimeno Feliú (coord.), *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público* (pp. 369-410). Thomson Reuters Aranzadi; Amoedo-Souto, C.A. (2018). Autoprovisión administrativa. Dimensión europea y desajustes internos. *Revista de Administración Pública, 205*, 81-129; Amoedo-Souto, C.A. & Cutrín, M. (2019). El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios. *Revista de Administración Pública*, *210*, 393-492; Noguera de la Muela, B. (2018). Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos. En E. Gamero, I. Gallego (coord.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (Tomo I, pp, 667-712). Tirant Lo Blanch.

(12) Se trata de modificaciones contenidas en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales para 2018; el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019; la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021, y por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

modificaciones se hayan incluido en leyes de presupuestos y reales decretos leyes nos ha sustraído la posibilidad de conocer satisfactoriamente las razones que han motivado estos cambios, y a sus protagonistas o promotores.

- El carácter dinámico de la jurisprudencia comunitaria del TJUE, cuya interpretación sigue realizándose con carácter mayoritario en términos restrictivos de la autoprovisión administrativa.

Hechas estas consideraciones generales, podemos pasar ya a describir someramente el contenido de la LCSP.

Las técnicas de autoprovisión dentro del sector público se detallan dentro del capítulo de la Ley destinado a regular la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público. Esta ubicación refleja la voluntad del legislador de enfocar el conjunto de técnicas de autoprovisión dentro del sector público en una perspectiva de eficiencia y consistencia del recurso a la externalización contractual.

La primera técnica de autoprovisión que encontramos es un contenido clásico de las leyes de contratos: la ejecución de obras, suministros y servicios por la propia Administración.

Estamos ante los encargos obligatorios de prestaciones a servicios administrativos no personificados, esto es, encargos de autoprovisión estrictamente intra administrativa en los que no hay, *stricto sensu*, una cooperación pública entre dos o más sujetos público administrativos.

Su regulación se incluye ahora en el artículo 30, y mantiene sus dos modalidades tradicionales de ejecución:

- Con servicios propios –esto es, integrados en la estructura orgánica administrativa y no segregados mediante personificación independiente.
- Con colaboración de empresarios particulares.

La regulación es muy similar a la anterior, y sigue conservando su carácter no básico [13], de modo que sigue dejando un amplio espacio normativo para las Comunidades Autónomas (aunque las Comunidades no hagan uso de sus potestades normativas al respecto); pero se incorporan algunas mejoras de redacción menores[14], y las siguientes dos novedades de interés:

a) Desaparición del umbral máximo de ejecución directa de obras. Ha desaparecido el umbral económico máximo de ejecución de obras por la propia administración, que estaba situado en 5.225.000 € (el importe a partir del cual estábamos en contrato de obras sujeto a regulación armonizada).

b) Introducción de una regla de racionalización de la ejecución directa de servicios. En materia de realización de servicios, el párrafo tercero incorpora una relevante regla de racionalización de la contratación, que complementa lo previsto por el artículo 28, y que deberán observar los órganos de contratación de la Administración General del Estado: "La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios".

Y "cuando carezca de medios suficientes", cuestión que habrá que motivar en el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 28 y 116, se podrá acudir a la contratación externa, de conformidad con lo establecido por los artículos 306 y siguientes[15].

De tal manera que la primera regla del gestor en la administración general del Estado es la autoprovisión de servicios, y la regla subsidiaria, la externalización de su satisfacción al mercado[16].

(13) Tal y como hacía la disposición final segunda del TRLCSP de 2011, que consideraba no básico el artículo 24 en sus apartados 1 a 5, la disposición final primera de la LCSP no considera básico el artículo 30.

(14) Los supuestos de ejecución directa en los que es obligatorio redactar "el correspondiente proyecto".

(15) Nótese que. en la dicción de la ley, se dice "por sus propios medios". No se dice "por sus medios propios", expresión que denotaría un significado técnico más preciso. Por la amplitud de la expresión "*por sus propios medios*", cabría considerar posible la inclusión de técnicas de autoprovisión en el sector público para satisfacer estas necesidades. De hecho, esto es un campo abierto a una más precisa regulación autonómica: concretar qué se consideran a estos efectos medios de la Administración capaces de satisfacer sus necesidades de manera eficiente dentro del propio sector público.

(16) Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 86.2 de la Ley 40/2015 ha abonado una interpretación contraria a esta, para cuya expresión vale la cita de Marc Villalta Reixach: "(...) la LRJSP limita notablemente la libertad organizativa que había venido caracterizando hasta ahora la utilización por la Administración de los encargos a medios propios, introduciendo una especie de presunción de ineficacia de la actuación pública y un claro criterio de subsidiariedad de ésta respecto al mercado. De modo que, a no ser que se demuestre expresamente que la autoprovisión es una opción más eficiente, eficaz y sostenible, todos aquellos encargos de actividades contractuales susceptibles de explotación privada deberán ser, inicialmente, objeto de un procedimiento de licitación" (*Véase* Villalta, M. (2017). La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines. En *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen*

El legislador parte aquí de la presunción de que es más eficiente la autoprovisión que la externalización, pues sólo admite la externalización por la razón objetiva de *insuficiencia* de medios.

De ello se deriva también que, cuanto más objetiva sea esa insuficiencia, más fácil será motivar la externalización contractual; y cuantos más medios tenga a su disposición la Administración, más tendrá que esforzarse el gestor en motivar su externalización para que pase la fiscalización del correspondiente servicio interventor del gasto.

A continuación, el artículo 31 representa lo que podemos denominar el *precepto esquema de la autoprovisión cooperativa*: fija los conceptos jurídicos generales de su definición, y traza el mapa de las posibles formas de autoprovisión mediante cooperación pública entre entidades pertenecientes al sector público.

Los conceptos jurídicos generales son los siguientes:

- La autoprovisión cooperativa se configura como una opción autoorganizativa.
- Como tal, cabe atribuirle la amplia discrecionalidad propia de las opciones de autoorganización. El artículo 31 omite cualquier regla específica que condicione la selección de las formas de autoprovisión cooperativa.
- La autoprovisión cooperativa es una opción disponible para todas las entidades del sector público, sean o no poderes adjudicadores en sentido contractual.
- El "resultado" de la autoprovisión cooperativa no es contractual.

Para cooperar en el cumplimiento de sus respectivas misiones de servicio público, en el uso de su potestad de auto organización las entidades pertenecientes al sector público pueden cooperar de tres maneras:

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, mediante el oportuno *acuerdo de encargo*.

   Se establecen pues dos regímenes en función de si el ente del sector público encomendante recibe o no la calificación de poder adjudicador, calificación que dependerá del juicio singular, y no pocas veces difícil, de contraste de los criterios previstos a tal efecto por el artículo 3 para la inclusión en el sector público (art. 3.1) y la exclusión de la noción de poder adjudicador (art. 3.3).

   En todo caso, dada la complejidad de los artículos 32 y 33, nos limitaremos a enunciar su clave de comprensión regulatoria, que puede resumirse en la siguiente regla básica: "El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato" (art. 32.1.in fine)[17].

   Dicho sea, negativamente: si un concreto encargo obligatorio no cumple las reglas establecidas por el artículo 32, deberá merecer la consideración de un verdadero contrato público. Con todo, la LCSP no acaba de ser contundente en derivar consecuencias jurídicas de tal "levantamiento del velo", pues no anuda en tales casos la sanción de nulidad, sino de mera anulabilidad del encargo "fraudulento".

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6 LCSP.

   Al tradicional límite de nuestra legislación, que el contenido de los convenios no coincida con el de los contratos típicos, el artículo 6 ha añadido los tres nuevos requisitos, acuñados por la jurisprudencia comunitaria[18] y concretados en los artículo 12.4 y 17.4 de las Directivas 24 y 23:

- Que las entidades intervinientes no tengan *vocación de mercado*, introduciendo

jurídico del sector público (pp. 77-105). Atelier.) Opino, sin embargo, que los contenidos que comentamos de la LCSP/2017, como ley posterior, obligan cuando menos a matizar esta valoración.

(17) El artículo 32.6 reitera de nuevo la regla del artículo 32.1.in fine: "Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato".

(18) *Véase* sentencias TJUE Comisión contra Alemania, asunto C-480/06; Azienda Sanitaria Locale di Lecce, asunto C-159/11, Piepenbrock, asunto C-386/11.

aquí la regla cuantitativa prevista por el artículo 12.4 de la Directiva: se presume la existencia de vocación de mercado cuando la entidad colaboradora realice en el mercado abierto un porcentaje igual a superior al 20% de las actividades objeto de colaboración.

- Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
- Que el desarrollo de la cooperación se guie únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

c) Mediante realización conjunta de contrataciones esporádicas. Se trata de un nuevo contenido del precepto, introducido mediante enmienda en el Congreso de los Diputados [(19)], que traspone la previsión del artículo 38 de la Directiva 2014/24 sobre contratación conjunta esporádica. Aunque no se especifica cómo se debe instrumentar jurídicamente estas contrataciones esporádicas, todo apunta a la necesidad de un convenio o acuerdo de colaboración.

En definitiva, lejos de aumentar la seguridad jurídica y la trazabilidad de estas operaciones de cooperación, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 ha profundizado en los enfoques jurídicos habituales de los últimos veinte años, absorbiendo para sí una regulación muy parcial, que no abarca satisfactoriamente las múltiples dimensiones de la autoprovisión: lo organizativo, las modalidades de gestión que comportan, el plano concurrencial, las patologías laborales, su régimen tributario. De modo que nos encontramos con una cada vez mayor disociación entre el derecho administrativo y la realidad político-administrativa, entre el derecho positivo y el derecho realmente aplicado [(20)]. En este sentido, se puede afirmar que la Ley 9/2017 se corresponde con una fase en tránsito, en la que la visión tradicional no acaba de superarse, ni se vislumbra claridad regulatoria acorde con los desafíos presentes.

Ello provoca la suficiente inseguridad jurídica como para que se desincentive la innovación en la utilización de las fórmulas de autoprovisión administrativa. Al hacerlo, se están desaprovechando muchas de sus potencialidades para satisfacer los intereses generales. De ahí que quien esto escribe venga reclamando desde hace años la necesidad de elaborar y aprobar una ley básica de autoprovisión administrativa, en la que se regulen con detenimiento y visión de conjunto todos los aspectos jurídicos (organizativos, concurrenciales, operativos, de gestión del personal, tributarios, etc.) que conforman hoy la realidad magmática de la autoprovisión administrativa.

Esta visión estratégica de la autoprovisión administrativa es inseparable de una reflexión sobre el futuro de la acción administrativa y, en particular, sobre el papel que el sector público debe jugar en el fortalecimiento del Estado de Bienestar en las sociedades avanzadas del siglo XXI.

6. Final. El debate sobre la autoprovisión administrativa en perspectiva

Tal y como aquí se aborda, la autoprovisión administrativa ofrece un marco conceptual en el que situar adecuadamente esas realidades administrativas presentes de una u otra forma en el desarrollo de la acción administrativa de muchos países, no sólo europeos.

Es necesario enfocar estratégicamente las técnicas de autoprovisión administrativa para *resituar* en nuestro Derecho interno de

(19) En concreto, la enmienda núm. 38, del G.P. Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem En Marea, cuya justificación es la siguiente: ”Se trata de trasponer de una forma más completa y adecuada el artículo 38 de la Directiva 2014/24, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública, para que quede más y mejor clarificada la posibilidad de la contratación conjunta esporádica, lo que sin duda conviene fomentar especialmente entre Entidades Locales, pero también entre las demás entidades del sector público, en aras de una mayor eficiencia en la contratación. Para ello es necesario también numerar el artículo y dividirlo en tres apartados” [20] Valgan dos ejemplos. El artículo 56 de la Ley gallega 1/2015, de calidad de los servicios públicos y de la buena administración, regula los denominados “convenios de colaboración para la cogestión”, para el caso de aquellos servicios públicos que sean prestados mancomunadamente por dos o más administraciones. Por su parte, el artículo 15 de la Ley gallega 14/2013, de racionalización del sector público autonómico, regula con detalle los “acuerdos de colaboración o cooperación para la financiación conjunta de contratos para la satisfacción de una finalidad común”.

(20) Disociación recientemente evocada por Antonio Jiménez-Blanco, A. (2018). Coloquio de clausura “El futuro del Derecho Administrativo”, Sciences Po (París), Cátedra Mutaciones de la Acción Pública y del Derecho Público, 21 y 22 de junio de 2018. *Revista de Administración Pública*, *207*, 319-343.

una manera más coherente las posibilidades incorporadas a las Directivas de contratación de 2014 y a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Detrás de esta nueva regulación comunitaria se encuentra, a nuestro juicio, una reacción ante las políticas neoliberales de los últimos veinticinco años, que han visto en la expansión del mercado interior una suerte de varita mágica y que, correlativamente, han considerado que los servicios públicos eran una anomalía del mercado que, como tal, debía reducir su alcance e interpretarse restrictivamente, para así permitir la incorporación de sus objetos a la lógica –presuntamente más virtuosa– del libre juego de la oferta y la demanda de mercado.

Frente a ello, la profunda crisis económica iniciada el año 2008 inició una toma de conciencia sobre la necesidad de contener la libre expansión de una lógica de mercado que, al alcanzar una dimensión global, ha mutado en lo que Luigi Ferrajoli [(21)] ha denominado un "poder salvaje": un amenazante poder, no sometido a regulación, limitación o control suficientemente sólidos, que por ello mismo está poniendo en jaque la preeminencia de los valores superiores proclamados por los textos constitucionales. En muy primer lugar, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que de ella se derivan, pero también la propia autogestión democrática de las sociedades contemporáneas a través de sus instituciones políticas.

No es de extrañar, pues, que ante el fracaso de los intentos de regulación global del mercado (lucha contra los paraísos fiscales, tasa a las transacciones financieras, reducción de los gases con efecto invernadero del Protocolo de Kioto, etc.) desde distintas sensibilidades políticas se hayan planteado dos grandes tipos de respuestas: por un lado, respuestas unilaterales de tipo neoproteccionista, como la ensayada –con medidas contradictorias y pírricos resultados– por la Administración Trump en Estados Unidos; por otro lado, una estrategia de "vuelta a lo público" en la satisfacción de las necesidades y demandas sociales que vaya más allá de la táctica defensiva frente a los recortes del Estado de Bienestar, y que de alguna manera ofrezca un anclaje más sólido a los Estados nacionales frente a la imparable expansión de la globalización económica. Esta es la respuesta predominante en la izquierda europea [(22)] y, con matices, de la norteamericana.

Recientemente, el Nobel de Economía de 2001 Joseph E. Stiglitz ha defendido la "opción pública", la posibilidad de que el Estado ofrezca una serie de servicios que implique más competencia e innovación, baje precios y haga más fácil la vida a los ciudadanos [(23)]. También Eric Olin Wright ha propuesto la necesidad de rearmar las capacidades prestacionales de bienes y servicios del Estado como palanca para domesticar y, a la postre, erosionar las dinámicas nocivas de un capitalismo librado a su propia lógica agonística, posibilitando así la profundización en la lógica económica del socialismo democrático [(24)].

Priorizar la satisfacción de ciertas necesidades públicas *dentro* del sector público, y no desde la concurrencia de mercado constituye, pues, una tendencia de fondo que se enmarca dentro de ese contexto más general, ofreciendo respuestas concretas y operativas a tal empeño.

Es importante reparar en la variedad de consecuencias de esta priorización. Mediante la autoprovisión administrativa, el gasto público que una administración debe realizar para obtener una obra, bien o servicio, se convierte en el ingreso público de otra rama del sector público. La autoprovisión supone en este sentido una apuesta por la *economía circular del sector público*, dentro de la cual las demandas de bienes y servicios públicos de las administraciones se satisfacen sin acudir al mercado privado, aprovechando los múltiples recursos que ofrecen las propias administraciones, ya sea directamente, ya

(21) *Véase* Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta.

(22) *Véase* el informe elaborado en mayo de 2012 por la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich, por encargo de la Federación sindical europea de los servicios públicos, disponible en español en el site https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_ DH-2.pdf. Algún autor ha denominado este proceso como "*insourcing*", para oponerlo al "*outsourcing*". *Véase*. Wollmann, H. (2013). La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un retorno a las gestiones públicas/municipales? *Cuadernos de Derecho Local*, (31), 76. En palabras de Athanasios Gromitsaris, "*there is evidence that there is a trend in different countries in Europe towards provisions by services by the public sector, i.e., towards bringing service provisions back "home" (in-house) or towards "re-municipalisations*". (*véase* Gromitsaris, A. (2013). New public management: a new common european tradition. En M. Ruffert (ed.), *Administrative Law in Europe: between common principles and national traditions* (p. 197). Europa Law Publishing).

(23) *Véase.*Stiglitz, J. E. (2020). *Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar.* Taurus, en especial pp. 190-211.

(24) *Véase* Wright, E. (2020). *Cómo ser anticapitalista en el siglo XXI* (pp. 103-106). Akal.

a través de sus formas de personificación instrumental, para ofrecer todo tipo de servicios de calidad.

En términos generales, la autoprovisión posee la capacidad de potenciar un mercado público de bienes y servicios, distinto, y compatible, con el propio mercado privado.

Así, dentro de nuestra tradición jurídica más próxima, la francesa, desde la Decisión *Bourrageas et Moullot* de 26 junio de 1930 (N. 91176), la Decisión *Société Unipain* de 29 de abril 1970 (N. 77935), hasta la Decision *Association pour la promotion de l´image* de 26 de octubre de 2011 (N. 317827), se ha venido afirmando con claridad que una entidad pública es libre de satisfacer a través de sus propios servicios las necesidades públicas, y que, además, un servicio de una entidad pública puede ofrecer prestaciones a otro servicio de esa entidad. Un ayuntamiento puede proveerse de su propio papel y de su servicio de imprenta sin necesidad de externalizar el suministro o el servicio; una panadería militar puede vender pan a una prisión, del mismo modo que una banda militar puede ofrecer un concierto en un espectáculo organizado por el Ministerio de Cultura, sin necesidad de concurrencia.

Llevando la idea de la capacidad prestacional de las Administraciones hasta sus últimas consecuencias, el Consejo de Estado francés ha validado recientemente en su Decisión de 14 de junio de 2019 (N. 411444) la posibilidad de que un departamento francés (el de la Charente-Maritime) presentase oferta y ganase un concurso de servicios de dragado de un estuario licitado por un departamento vecino (el de la Vendée).

Con ello, paradójicamente, se abre el camino a que las necesidades públicas de una determinada administración se puedan satisfacer no con mecanismos de colaboración administrativa, sino aprovechando las ofertas competitivas (tanto en precio como en calidad) que, en el marco de los procedimientos de concurrencia competitiva contractual, puedan presentar otras administraciones, en la línea ya defendida por el propio Tribunal de Justicia[25]. Más allá de la colaboración interadministrativa, tan característica del sector público, las administraciones tienen el potencial suficiente como para configurar empresas de titularidad y control públicos, prestadoras de servicios en régimen de mercado tanto para las propias administraciones como para el mercado general.

En estos nacientes mercados públicos, la oferta de autoprovisión administrativa crea un circuito de gastos e ingresos que refuerzan en términos macroeconómicos tanto la oferta como la demanda interna del sector público. Y, al desarrollarse en un entorno institucional ampliamente regulado por el Derecho público, la autoprovisión es susceptible de conseguir la realización de obras, suministros y servicios en unos estándares de producción más garantistas que los del mercado, en términos de estructura de costes, trazabilidad y transparencia, empleo de calidad, etc.

El abanico de efectos que todo ello puede generar va más allá de lo macroeconómico, adentrándose en la consecución de valores constitucionales (justicia y equidad social, solidaridad intergeneracional) que sólo una robusta economía social de mercado será capaz de garantizar.

Mediante la autoprovisión administrativa, en definitiva, es posible disponer de una herramienta real con la que fortalecer el (frágil) Estado de Bienestar español que tenemos la obligación de legar a las generaciones futuras.

(25) *Véase* Sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto C-568/13, *Azienda Ospedaliero Universitaria di Careggi-Firenze*, que admite dentro del concepto de "prestadora de servicios" de la Directiva 92/50 a un hospital universitario público que había realizado una oferta anormalmente baja para ganar un concurso de un contrato de servicios de tratamiento de datos para la evaluación externa de la calidad de los medicamentos. El Tribunal concluye que "las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente. No obstante, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en virtud del artículo 37 de dicha Directiva, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro".

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.006

El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro(*)

The law of public contracts in Spain: news and proposals for the future

José María Gimeno Feliu(**)
Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España)

Resumen: Este trabajo da cuenta de la regulación de la contratación pública en España con ideas de prospectiva sobre cuál debe ser el futuro. Se presta atención a las principales líneas de la regulación española, y sus fines, para finalizar con unas conclusiones propositivas sobre la fundamentación regulatoria.

Palabras clave: Contratación pública en España - Contratación pública y estrategia - Aspectos prácticos de las novedades de la regulación de contratos públicos en España - Futuro y retos de la contratación pública

Abstract: This paper gives an account of the regulation of public procurement in Spain with prospective ideas on what the future should be. Attention is paid to the main lines of Spanish regulation, and its aims, to end with some propositional conclusions on the regulatory rationale.

Keywords: Procurement in Spain - Public procurement and strategy - Practical aspects of new developments in the regulation of public procurement in Spain - Future and challenges of public procurement

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 13 de marzo de 2021 y su publicación fue aprobada el 22 de marzo de 2021.

(**) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde el 11 de marzo de 2011 hasta el 03 de enero de 2018). Miembro del Comité Académico de Dirección de la Red Iberoamericana de Contratación Pública y miembro del Comité Científico del *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti publicci* (Italia). ORCID: orcid.org/0000-0001-6760-9222. Correo electrónico: gimenof@unizar.es.

1. Evolución y contexto de la contratación pública en España. La influencia del derecho europeo

La materia de contratación pública se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática (directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo) y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera)(1). Esto explica que la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como "herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas"(2). Por ello la contratación pública (que supone el 22 por ciento de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica(3).

Desde una lógica inicial de las primeras Directivas europeas en los años 70 basada en el objetivo de un mercado interior europeo, se ha evolucionado hacia una visión estratégica (e integral) de la contratación pública asentada en la idea del derecho a una buena administración: las Directivas 23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente, "de cuarta generación"(4).

Nos encontramos en Europa y en España ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas pública, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo (Gimeno Feliu, 2014, p. 213). La contratación pública puede ser una palanca del cambio económico.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo número 10 de 2015, relativo a la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional -y no formal- que obliga, a determinar si determinado ente es o no poder adjudicador y si un negocio jurídico es, o no un contrato público.

---

(1) Sobre el fundamento europeo y la nueva regulación española y sus aspectos prácticos *véase*, en extenso, a Gimeno Feliu, J. M. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi.

(2) Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: "Comunicación de la Comisión "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador". En esta línea se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento "Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente" (2020/C 412I/01), en el que, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica.

(3) *Véase* Gimeno Feliu, J. (2020). La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Revista Economía Industrial, 415,* 89-97.

(4) Pero, además, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante "fuente de derecho", ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos "comunitarios" deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión "local" de las normas de contratos públicos. *Véase* Gimeno Feliu, J. (2015). La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE. *Revista Española de Derecho Administrativo, 172*, 81-122. De especial interés *véase* el trabajo de Berberoff, D. (2018). La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo. En J. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 163-202). Aranzadi & Cizur Menor.

El derecho de la Unión Europea ha tenido, desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos(5). Y así se reconoce en la Exposición de Motivos de la LCSP de 2017 al recordar que su dependencia respecto del derecho de la Unión Europea, que extiende mucho más allá de la incorporación de las Directivas 23 y 24 de 2014.

Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva y del uso de prerrogativas públicas, heredera de los mimbres de la Ley de Contratos del Estado de 1965, cuya visión condiciono la evolución normativa posterior, pensada en clave formal y desde una estructura muy administrativizada. Lo que se tradujo en importantes condenas al Reino de España por la jurisprudencia del TJUE, que han obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el Derecho europeo. Y ello, como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de Alonso (2008), una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo (p. 395) (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros*,* apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)(6).

Por otra parte, la contratación pública puede –y debe, insistimos- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos(7). Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales (Gimeno Feliu, 2014, p. 18). Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en como utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública(8).

A este fin se orienta, no sin incertidumbres, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, que, partiendo de los mimbres del Real Decreto Legislativo 3/2011, incorpora importantes novedades con la vocación de simplificar el procedimiento, reducir tiempos de adjudicación, mejorar el control de la adjudicación y la ejecución, incorporar una mayor transparencia y rendición de cuentas y, sobretodo, fomentar una nueva cultura de contratación pública(9).

La LCSP pretende superar la tradicional inercia burocrática (y el mantra del "siempre se ha hecho así") para hacer la contratación pública un instrumento que permita una más eficaz, eficiente y colaborativa gestión de la contratación pública (lo que exige "innovación" en la práctica de la contratación pública(10).

La nueva Ley de Contratos del Sector Público es, aun con sus "debilidades"

(5) *Véase* Meilan, J. (2015). Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública. *Revista de Administración Pública, 198*, 43-73.

(6) *Véase* Alonso García, R. (2008). La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico. *Revista española de derecho europeo, 28*, 385-410.

(7) *Véase* Moreno Molina, J. A. (2018). *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch.

(8) Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, *véase* González García, J. (2018). Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación. *Cuadernos de Derecho Local, 48*, 247-264.

(9) *Véase* Moreno, J. (2018). Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público. *Revista Gallega Administración Pública, 55*, 311-327. Entre la literatura en España que aborda de forma integral los cambios normativos por la LCSP de 2017, en extenso, *véase* los libros colectivos Gimeno Feliu, J. (2018). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor; *véase* Gamero, E. & Gallego, I. (2018). *Tratado de Contratos del Sector Público* (vol 3). Tirant lo Blanch. Asimismo, *véase* Vázquez, F. & Razquín, M. (2017). *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público*. Editorial Aranzadi. Asimismo, *véase* Muñoz Machado, S. (2018). *Contratos del Sector Público. Tomo XIII del Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General.* BOE. Finalmente, *véase* Mestre, J. & Manent, L. (2018). *La Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch.

(10) Sobre esta cuestión me remito al trabajo de García Jiménez, A. (2018). *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Tecnos. Este estudio (al que se le ha reconocido con el IV Premio de investigación internacional del Instituto García Oviedo) reflexiona sobre cómo deben adaptarse las Administraciones públicas a un nuevo modelo de gestión de la contratación pública.

(fruto en parte de la decisión de "salvar" la regulación y sistemática existente que se deroga, frente a la opción de redactar un texto *ex novo*), un paso al frente para reconstruir las "murallas del Derecho Administrativo", concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social). Desde este contexto la nueva Ley de Contratos del Sector Público es una "ventana de oportunidad" para un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico.

Para este objetivo, con este trabajo se pretende dar cuenta de las principales novedades y sus consecuencias prácticas en España, con la finalidad de favorecer una transición "no ruidosa" hacia esta nueva gobernanza de la contratación pública que supere la "presión política" de hacer más por menos y a corto plazo[11]. Y de avanzar, por tanto, a una forma distinta de hacer contratación pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato. Y, sobre todo, como hemos venido explicando desde hace tiempo, a una nueva cultura de la colaboración público-privada basada en la lógica del *win/win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración.

2. La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público en España: Su estructura y principales novedades con impacto práctico en sus contenidos

La transposición de las normas europeas en España se realiza mediante iniciativa legislativa ordinaria, es decir, mediante proyecto de Ley que prepara el Gobierno (opción que, por sí, "complica" el cumplimiento de los plazos previstos en las Directivas europeas)[12]. El texto aprobado (con un título excesivamente largo al citar a las Directivas que se transponen), que toma como punto de partida el vigente TRLCSP de 2011 (como consecuencia de esta decisión hay un "arrastre" de preceptos de la Ley derogada), "renuncia", tanto formal como materialmente, a la idea de un "Código de Contratos Públicos", con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos[13]. Se trata de un texto extenso y prolijo -son 347 artículos y 54 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado) y 16 Disposiciones Finales-. Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario que puede complicar la aplicación[14]. Desde esa perspectiva, como advierte Cano (2018), la regulación debe ser objeto de crítica. entre otros[15].

La sistemática formal, como se ha explicado, no resulta innovadora, pues la

(11) Al respecto, me remito al estudio colectivo Gimeno Feliu, J., Tornos, J. & Reig, M. (2019). *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada.* Cámara Comercio Barcelona & Esade.

(12) Como primer antecedente legislativo de interés en España debe recordarse la Ley de Bases de 1963, germen del Texto Articulado de 1965. Y en su Exposición de Motivos ya se consideraba a la contratación pública como "*un instrumento decisivo para el desenvolvimiento de la acción social"*, transformándose en "*pieza maestra del nuevo estilo de operar administrativo"*; al tiempo que se intentaba que el Estado contratase *"siempre de la forma más ventajosa y segura*". Sobre la evolución de la normativa de contratación pública en España me remito al trabajo de Colas, J. (2012). El itinerario de la contratación pública. De Cádiz a nuestros días. En E. Orduña & V. Merino (coords.), *Secretarios, interventores y tesoreros de la administración local: doscientos años al servicio de la ciudadanía* (pp. 571-604). Aranzadi & Cizur Menor.

(13) *Véase* Gimeno Feliu, J. (2011). La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica. En J. Gimeno Feliu (dir.) & M. Bernal (coord.)*, Observatorio de los Contratos Públicos 2011* (pp. 25-84). Editorial Aranzadi.

(14) Sobre la estructura me remito al trabajo de Sanmartín, A. (2018). Estructura sistemática y distribución competencial. En J. Gimeno Feliu (dir.)*, Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 203-232). Aranzadi Thomson Reuters. Asimismo, *véase* Valcárcel, P. (2018). Transposition of Directive 2014/24/EU in Spain: between EU demands and national peculiarities. En. M. Comba & S. Treumer (edit.), *EPLG Series Modernising Public Procurements: The Approach of Member States* (vol. 8, pp. 232 y ss). Edward Elgar Publishing.

(15) Para ahondar más en este punto *véase* Cano, T. (2018). La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades. *Cuadernos de Derecho Local, 48*, 15-19. Igualmente, crítico era ya, con relación a la "movilidad" de la normativa de contratación pública, el profesor Santamaría, J. (2013). La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública. *Revista de Administración Pública, 15*9.

opción adoptada es "respetar en lo posibles" la estructura del TRLCSP de 2011 (por eso se prevé una Ley de Contratación en sectores especiales)[16]. El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV)[17]. Este carácter extenso ha llevado a la doctrina (J. Baño, principalmente) a reflexionar sobre si la Ley cumple con su función de regulación o, por lo contrario, existe sobrerregulación[18].

Es cierto que puede parecer un texto "continuista"[19]. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente "gestión práctica" de la contratación pública. Y pretende, además, un cumplimiento de las exigencias europeas, así como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de estrategia para implementar políticas públicas.

Entre las novedades y ajustes técnicos efectuados se pueden referir como de especial interés los siguientes[20]:

2.1. El principio de integridad *versus* conductas corruptas o clientelares[21]

Existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter "estructural" (de distinta "intensidad", y efectos, es cierto) en la gestión de los contratos públicos[22]. Prácticas que se encuentra muy

(16) Sobre la tramitación parlamentaria resulta de especial interés el estudio de Gonzalez García, J. (2018). La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII*, 45-58.

(17) A juicio de Tejedor, la nueva Ley incurre en sobreregulación y complica de forma innecesaria la gestión pública. *Véase* Tejedor, J. (2018). *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia*?. Civitas & Cizur Menor. Esta misma opinión, desde otra perspectiva, es defendida por Cano Campos, al considerar a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. Para ahondar en este punto, *véase* Cano, T. (2018). La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades. *Cuadernos de Derecho Local, 48*, 12-67.

(18) Para ahondar más en este punto, *véase* Baño, J. (2018). La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobrerregulación?. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII*, 11-20. Como contrapunto, hay que reseñar que el 1 de abril de 2019 ha entrado en vigor en Francia la nueva codificación de la actividad contractual del sector público mediante el *Code de la Commande publique* (publicado en el *Journal Officiel de la République française* ("JORF") el 5 de diciembre de 2018). Cuenta con 1747 artículos que reagrupan y sistematizan alrededor de 30 textos normativos empleados de manera cotidiana. Asimismo, incorpora las principales reglas de la materia creadas por vía jurisprudencial nacional y europea. Al respecto, resulta de interés la opinión de Vargas-Mazas, E. (2019, 1 de abril). *La nueva codificación francesa de la contratación del sector público: el Code de la Commande publique*. Observatorio de Contratación Pública. http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-nueva-codificacion-francesa-de-la-contratacion-del-sector-publico-el-code-de-la. También *véase* el trabajo de Gaudemet, Y. (2019). Le Code de la commande publique: un avènement, quelques questions. *Revue des contrats*, *1*, p. 1.

(19) O un traje con las mismas rayas, en expresión para la anterior Ley, de Del Saz, S. (2007). La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?. *Revista de Administración Pública, 174*, 335-366.

(20) Con más profundidad me remito a Gimeno Feliu, J. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones.* Aranzadi.

(21) Para ahondar más en este apartado, *véase* Cerrillo I Martínez, A. (2018). *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Aranzadi Thomson Reuters. La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD. Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*. París), ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación.

(22) *Véase* Gimeno Feliu, J. (2016). La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad. En M. Villoria, J. Gimeno, R. Jiménez & J. Tejedor (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 247-300). Atelier. Asimismo, *véase* Gimeno Feliu, J. (2018). Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP. En I. Gallego & E. Gamero (coords.), *Tratado de contratos del sector público* (pp. 240-318). Tirant lo Blanch*; véase* Medina, T. (2016). La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa. *Revista Vasca de Administración Pública, 104*(2), 77-113; y *véase* las reflexiones de Gonzalez Sanfiel, A. (2016). La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?. En F. Hernández (coord.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública: España, Italia y Francia* (pp. 31-53). Aranzadi Thomson Reuters. Finalmente, *véase* Martínez Fernández, J. (2017). Corrupción en la contratación pública. En A. Betancor (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho* (pp. 433-475). Civitas.

vinculado a la ausencia de transparencia[23]. Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos, es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos [24]. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana[25]. El objetivo de integridad - reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción- forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). En ese sentido, nos acogemos a la definición de integridad de la OCDE (2015), en tanto menciona:

> Integridad se refiere a que el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno (p. 6).

El artículo 1 LCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y "más didáctica"). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos[26]. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque, de forma sorprendente, no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad[27].

2.2. La "visión estratégica de la contratación pública" como nuevo paradigma

La visión estratégica, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación de tejido empresarial de las PYMEs [28], se ha convertido en el principal eje de la contratación, avanzando hacia una visión "más cercana" a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto (superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España).

El artículo 1.3 LCSP supone una clara "innovación" sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas[29]. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos,

(23) Klitgaard, R. (1994), define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: C= M + A - T. En ese sentido, C es Corrupción; M, Monopolio; A, Arbitrariedad y T, Transparencia. Cuanto menor sea la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. *Véase* Klitgaard, R. E. (1988). *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo* (p. 10). Sudamericana. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España.

(24) Gimeno Feliu, J. (2019). Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de Integridad y de Transparencia. *Revista Internacional de transparencia e Integridad, 9.*

(25) *Véase* Malaret, E. (2016). El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. *Revista digital de Derecho Administrativo, 15*, 21-60.

(26) *Véase* Gimeno Feliu, J. (2015). La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad. En *Las nuevas directivas de contratación pública* (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo) (pp. 37-105). Aranzadi & Cizur Menor.

(27) Por todos, *véase* Gimeno Feliu, J. (2018). Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!. En J. Gimeno Feliu (dir.) & C. de Guerrero (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (pp. 29-55). Aranzadi. Asimismo, *véase* Hernández Rodriguez, F. (2019). De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo, 198,* 165-188.

(28) *Véase* Canals, D. (2018). Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública. *Cuadernos de Derecho Laboral, 48*, 39-48.

(29) Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (http://www.conr.es).

estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de "dumping" social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales.

Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo(30). Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación(31).

Desde esta nueva perspectiva estratégica hay que advertir de la incidencia de los artículos 131.2 145.1 LCSP, que indican que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la "oferta económicamente más ventajosa". Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa(32). El cambio es de gran relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 LCSP ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura)(33).

La mejor calidad en la prestación del contrato público (cuya causa, no se olvide, es el interés público) se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). Interesa, a estos efectos, recordar que desde el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece el elemento esencial para su configuración como contrato público. La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la

(30) Esta opción ha sido ''validada'' por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa.

(31) *Véase* Gimeno Feliu, J. (2015). Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública). *Revista Derecho y Salud, 26*(2), 65-85. *Véase*, también, Gimeno Feliu, J. (2018). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública, 52, 12-66*. Asimismo, *véase* Bernal, M. (2018). La contratación de los servicios a las personas. En I. Gallego & E. Gamero (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (vol. 3) (pp. 2841-2874). Tirant lo Blanch.

(32) La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kaiSynergates*, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato.

(33) La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. *Véase*- con especial énfasis las páginas 102-112 de Gimeno Feliu, J. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzandi.

(34) Interesa destacar ya en este momento la importancia de la planificación, tanto de necesidades como de desarrollo del procedimiento de contratación. Al respecto, *véase* González García, J. (2018). Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación. *Cuadernos de Derecho Local, 48,* 247-264.

planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público[34]. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta[35].

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de "cultura" (superar la "presión política" de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de "acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo" (W. Dening)[36].

2.3. La uniformidad jurídica para todo poder adjudicador

La principal novedad de la nueva regulación es que se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no a armonizado. Desaparece, pues la posibilidad de regulaciones "singulares" mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador, artículo 321 LCSP, o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, ex artículo 3 LCSP).

Se pone fin a una ''deslegalización procedimental'' que resultaba distorsionadora desde la óptica del principio de seguridad jurídica, pues facilitaba la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que funcionaban como una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el "caos" regulatorio de los distintos procedimientos de licitación[37]. De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos.

Con esta uniformidad jurídica se corrige, a su vez, el problema de la dualidad jurisdiccional entre el orden civil y el contencioso-administrativo. Todas las fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencian en el orden contencioso-administrativo[38]. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder

(35) Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

(36) La calidad en la prestación aconseja también estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución. Así, por ejemplo, el sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (f*ee-for-service*) por el modelo del "pago en salud por resultado conseguido", puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles. *Véase* Gimeno Feliu, J. (2019). La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibro entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema. *Revista Española de Derecho administrativo, 202,* 325-340.

(37) Sobre esta patología Gimeno Feliu, J.M. (2008). El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras, *Revista de Administración Pública, 176*, 9-54 en la que he insistido en el estudio de Gimeno Feliu, J.M. (2016). La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad. En M. Villoria, J. Gimeno, R. Jiménez & J. Tejedor (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 258-262). Atelier. Igualmente, *véase* Noguera, B. (2015). La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español. En M. Rebollo, M. López & E. Carbonell (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas* (pp. 937-958). Iustel.

(38) No resulta posible una solución formal anclada en la idea rígida del contrato administrativo ya que el Derecho Administrativo se define en la actualidad no solo sobre la base del elemento subjetivo -Administración pública- sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Y resulta evidente tal condición en cualquier contrato público (donde las reglas y principios son públicos), tal y como ya advirtiera, por cierto, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia Hotel Andalucía Palace (núm. 2113/1965 de 4 de febrero) donde el dato de que existen reglas administrativas es lo que decidió la competencia a favor del orden contencioso (en un contrato de una empresa pública).

adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa[39]. Es –y debe ser- el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia[40]. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos "materialmente" administrativos.

En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización[41].

2.4. Depuración conceptual de los tipos contractuales desde la perspectiva europea

En la tipología de contratos la LCSP de 2017 opta, a mi juicio correctamente, por un ajuste de definiciones de obras y servicios y se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final (STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania) y de concesión de obras y de concesión de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos. Lo que no impide un régimen jurídico "más intenso" en prestaciones de servicio público (lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley en el artículo 312, que recoge el "régimen de servicio público" en estas actividades esenciales)[42].

El artículo 29 LCSP regula los plazos de los contratos y opta por qué plazo el de contratos de servicios y concesiones sea común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (como el retorno de las inversiones, complejidad del servicio, entre otros)[43]. El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Mediante la previsión de la Disposición Adicional 22, se mantiene la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI, tanto para obras como servicios[44]. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones, tanto de obras, como de servicios[45]. Se incorpora, por lo demás, una definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el

(39) Al respecto, *véase* Mir, O. (2003). El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública, 162*, 47-87.

(40) Se explica de forma excelente en el trabajo de Valcárcel, P. & Fernández, R. (2015). Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público. En J. Gimeno (dir.) & M. Bernal (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014* (pp. 237-277). Aranzadi & Cizur Menor.

(41) Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incompresible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos.

(42) El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

(43) Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito a las páginas 57 hasta la 83 de Caamaño, F., Gimeno Feliú, J., Sala, P. & Quinteros, G. (2017). *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*. Profit Editorial. Asimismo, *véase* Gimeno Feliu, J. (2018). El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 74,* 4-13.

(44) A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP, *véase* -haciendo especial énfasis en las páginas 68-69- Magide, M. (2012). El marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa. En F. Laguna (coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público* (pp. 53-69). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces & Fundación Ramón Areces. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual "específicamente español" y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica María Hernando, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. Al respecto *véase* -enfatizando en las páginas 534-541- Hernando, M. (2012). *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*. Civitas. También *véase* Fernández, M. (2014). El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica. *REDA, 167*, 293-326.

(45) Me remito a los siguientes trabajos publicados en el libro colectivo Amoedo-Souto, C. & Gimeno Feliú, J.M. (2018). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi. Valcárcel, P. (2018). La delimitación de los tipos contractuales (pp. 431-451); Hernández, F. (2018). Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios (pp. 477-516); Lazo, X. (2018).

TJUE. Así, se incluye contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional. Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión). Interesa recordar que en la tipificación de una prestación como contrato de servicios o como contrato de concesión se exige, por exigencia de la jurisprudencia europea[46], una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania))[47].

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura) como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)[48]. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión (lo que es compatible con pagos por disponibilidad)[49].

La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable

> Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario" (considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo)[50].

El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión (pp. 517-545); Tornos Mas, J. (2018). El contrato de concesión de servicios (pp. 1447-1484); y Lavilla, J. (2018). Régimen jurídico de la concesión de obras (pp. 1415-1445). También al trabajo de Huego, A. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa, 4,* 31-51.

(46) Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, y 10 de noviembre de 2011, *Norma-A, SIA*.

(47) Según esta doctrina consolidada, existirá un ''contrato de servicios'' en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (*véase*, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, apartado 40).

(48) Por todos, *véase* Hernández*, F. (2018). La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*. *Aranzadi.* También *véase* Sahún, R. (2020). *Riesgo operacional y servicio público. BOE.* Finalmente, *véase* Peiro, A. (2019). *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza.* Aranzadi & Cizur Menor.

(49) Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010, *véase* el trabajo de Macho, A. & Marco, E. (2014). El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT. *Revista de Administración Pública, 194*, 437-474.

(50) Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, *véase* el estudio de Huergo, A. (2018). Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 74,* 20-33. http://hdl.handle.net/10651/50947.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre(51). Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)(52).

El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues -además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE- puede implicar una retribución indebida (en más)(53).

La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el "régimen de servicio público", dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios.

En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público(54), es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad(55). Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente.

En el régimen de *contratos administrativos* (para los poderes adjudicadores que tienen consideración de Administración pública) existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las

(51) El TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09). Al respecto *véase* la página 235 de la literatura de Fuertes, M. (2013). Los riesgos del riesgo de explotación. En J. Gimeno, M. Bernal & F. Vázquez (coords.), *Observatorio de los Contratos Públicos* (pp. 197-239). Aranzadi.

(52) Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada.

(53) Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que "la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos" (artículo 18).

(54) Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la Sentencia del Tribunal Constitucional núm.127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que *''la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas".*

(55) El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones.

concesiones, donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR) como concepto a figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto-llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión(56). La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional(57).

Esta RPA se limita, para la resolución por causa imputable al concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma)(58). Si fuera resolución imputable a la Administración, la RPA desplegara sus efectos ordinarios: "la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares"(59).

En palabras de Valcárcel (2018):

> Este nuevo régimen también puede suponer un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones. El hecho de que el concesionario ya no tenga garantizada la recuperación en cualquier caso de todas sus inversiones evitará o al menos dificultará, los ya referidos "elefantes blancos", así como también debería redundar en una gestión más diligente y mejor (p. 59).

Asimismo, interesa llamar la atención sobre el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa (y no de tasa), tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros "servicios públicos")(60).

2.5. Hacia una contratación pública más transparente

Con la nueva LCSP se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido (artículo 116.4 LCSP). Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el artículo 347 LCSP, deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de esta(61). En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito)(62).

Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente

(56) Un estudio completo y riguroso de la nueva regulación de la RPA se encuentra en el trabajo de Fernández Acevedo, R. (2017). En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución. *Ius Publicum. Network Review, 2*, 1-38. http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/27_11_2017_17_11-Acevedo_2017.pdf

(57) Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

(58) En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento.

(59) Artículo 271 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

(60) *Véase* Tornos, J. (2018). La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 74,* 14-19.

(61) Conviene advertir que la finalidad de la Plataforma de Contratos del Sector Público debe servir para favorecer una adecuada publicidad y rendición de cuentas, pero no de monopolio de la contratación electrónica. En mi opinión, debe favorecerse la implantación de un sistema en competencia, homologado, de servicios electrónicos que permitan cumplir exigencias legales de utilización de medios electrónicos adaptándose a las necesidades y condiciones de cada poder adjudicador.

(62) La nueva redacción de la función del perfil de contratante ex artículo 63 LCSP indica claramente la vocación de estos para conseguir una efectiva transparencia y rendición de cuentas de la actividad contractual. Sobre esta nueva función del perfil de contratante, *véase* las sugerencias de García Jiménez, A. (2013). El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública. *Revista de Administración Pública, 192*, 381-400.

Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Y la no publicación en la Plataforma comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (supuesto regulado de forma expresa en el artículo 39.2 c) LCSP).

Existe, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

> Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.
>
> Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato.

El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad:

> Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.
>
> La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Interesa destacar que ahora, con fundamento en el artículo 32 de la Directiva de contratación pública de 2014, se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia[(63)].

Interesa destacar que el artículo 159 LCSP introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada. Los umbrales para su utilización son los no armonizados en suministros y servicios y 2 millones en obras. Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, sólo se podrá emplear si los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor no alcanzan determinado porcentaje de la valoración final y exige unos requisitos distintos pensados en la mayor rapidez como lo son la presentación de ofertas en el registro del órgano de contratación, la obligación del licitador de estar incluido en el registro de contratistas y declaración responsable de solvencia. Este procedimiento, contempla, además, en su apartado 6, una tramitación

(63) Este nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, al recordar que es posible acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia. Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo con relación a la selección de la empresa Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo afirma que "se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación". En todo caso, como bien ha indicado Gallego (2014), ''lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación'' (pp. 220-222). Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleados en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

"sumaria" en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 60 000 euros en servicios. Con este procedimiento se ofrece un ámbito de aplicación más favorables a las PYMEs.

La transparencia se concreta también en que los criterios de adjudicación deben estar previamente determinados y ser objetivos. Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública, al declarar que los criterios deben ser claros, favorecer la competencia y permitir que los licitadores puedan desplegar una adecuada estrategia en su oferta. Por ello, ponderación y sistema de asignación de la puntuación por cada criterio debe quedar reflejada de modo comprensible. Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*).

El régimen de mayor transparencia aparece también en la regulación de los modificados contractuales. El régimen de modificación del contrato (artículos 203 a 206 LCSP), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia)(64). En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24).

Interesa destacar que toda modificación debe publicarse (artículos 203.3 y 205 LCSP) y notificarse los acuerdos de modificación y que la modificación puede ser objeto de recurso especial. Esta regulación debe interpretarse conforme a los principios de la contratación pública y, para su correcto funcionamiento, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto- y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto.

2.6. Nueva arquitectura del sistema de control previo vía recurso administrativo especial

La LCSP mantiene la opción de ofrecer un recurso administrativo especial, potestativo y gratuito, que se resuelve por un órgano administrativo independiente, que viene a cumplir las exigencias de tutela de los licitadores en esta materia(65). Con relación al recurso especial conviene reseñar la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado europeo, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública(66). El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o "gasto" innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantiza la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración(67). La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe(68).

Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial

(64) Meilin (2012) menciona: ''La efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada'' (p. 143). Asimismo, *véase* las páginas 142-143 de Baño, J. (2013). Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos. *Anuario del Gobierno Local, 1,* 141-151.

(65) El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño. Sobre el fundamento del derecho europeo de recursos me remito por todos a Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos.* Marcial Pons.

(66) Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

(67) *Véase* Gimeno Feliu, J. (2016). *Observatorio de los contratos Públicos. Número monográfico especial (2016). Sistema de Control de la contratación pública en España.* Aranzadi.

(68) Como bien ha destacado el profesor Baño, J. (2016) el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, "la mejor alternativa

frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de "gasto", y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz (vinculados a la buena administración)(69). El objeto del recurso especial incluye ahora las modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual). Las previsiones que contiene la LCSP sobre los supuestos de recurso deben tener carácter meramente enunciativo, dado que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017, (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), ha fijado un criterio amplio de "decisión" a efectos del ámbito material del recurso especial(70).

Además, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas las ha destacado el profesor Santamaría Pastor(71)). Este sistema de "justicia administrativa especial" ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos -con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007-, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C- 54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración -carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción- y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

Por otra parte, se diseña un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva tanto de un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación de las Comunidades Autónomas) por exigencia del Derecho de la Unión Europea(72), como, principalmente, de la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública(73). Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de "anulación" o sanción(74). Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la

---

al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente" (p. 669). Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute,* C-61/14.

(69) *Véase* Bernal Blay, M. (2013). El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento. *Revista Española de Derecho Administrativo, 160*, 190-213.

(70) La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial.

(71) *Véase,* en especial las páginas 48-64, Santamaría, J. (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público.* Aranzadi & Cizur Menor.

(72) Cuestión en la que insiste la citada Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

(73) Tal como menciona Ponce (2017), la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración (p. 8). Como advierte, este autor, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración. La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

(74) El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de Fuertes López, M. (2014). La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF). *Revista de Administración Pública, 195,* 269-301.

idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública(75).

3. Los retos de futuro de la contratación pública: Los ODS y la experiencia de la pandemia

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, agendados en el horizonte 2030 (aprobados el 25 de septiembre de 2015 y con vigencia desde enero de 2016), con la finalidad de promover la convergencia entre los países de la UE, en el seno de las sociedades y con el resto del mundo, han tenido una indudable repercusión en las agendas públicas de todos los poderes públicos. Los 17 objetivos, bajo el lema "Transformar Nuestro Mundo", presentan un carácter integrado e indivisible, que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda de Naciones Unidas que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza, entre otras(76).

Los ODS tienen, más allá de su marcado carácter didáctico, una clara incidencia en cómo los poderes adjudicadores deben diseñar la arquitectura de su contratación pública. Así, la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea. Idéntica estrategia de asumir como retos de primer orden los ODS se puede constatar entre los distintos poderes públicos españoles, que hacen de su mención una especie de mantra ideológico, cuando lo que interesa es sus consecuencias prácticas y su capacidad de transformación(77).

Frente a posibles planteamientos que pivotan sobre el criterio precio frente al de valor, interesa recordar que el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio(78). Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que redimensiona la visión estratégica de la contratación pública desde una perspectiva amplia del derecho a una buena administración.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura del contrato público en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula *ética*(79). En ese sentido, Gimeno (2014) señala que existe una brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal

(75) Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. *Véase* Peña Ochoa, A. (2016). El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción. En *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 83-108). Atelier.

(76) Como es conocido estos retos se agrupan en cinco ejes: planeta, personas, prosperidad, paz y alianzas.

(77) Incluso con dimensión propia en la organización de la estructura de gobierno: Orden DSA/819/2020, de 3 de septiembre, por la que se regula la composición y funcionamiento del Consejo de Desarrollo Sostenible (creado por Orden PCI/169/2019, de 22 de febrero), que se concibe como un espacio ciudadano de carácter consultivo y de seguimiento de la implementación de la Agenda 2030 desde un enfoque participativo, incluyente y transparente. Porque la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada.

(78) Sobre el significado de la eficiencia, y su no vinculación a una idea economicista de menor precio, me remito a Gimeno Feliu, J. (2016). Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, 82*, 137-158. También, *véase* Medina, T. (2013). Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, 121*, 87-97. Asimismo, *véase* Vaquer, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública, 186*, 91-135. Finalmente, *véase* Fernández Acevedo, R. (2018). Los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En I. Gallego & E. Gamero (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (pp. 1387-1393). Tirant lo Blanch.

(79) Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 de la Constitución española. Basta recordar como ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados economicistas (p. 18). Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública para preservar la mejor calidad en la prestación de los "servicios públicos" desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas "especuladoras".

Por otra parte, el actual contexto de crisis económica derivada de la pandemia de 2020 refuerza la necesidad de avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público que "piense en verde" y en "sostenibilidad social", no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor[(80)]. Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse en la priorización de los proyectos de infraestructuras a financiar, que deberán cumplir, en España, los objetivos de la Agenda Verde Europea y acomodarse a las directrices dictadas por las instituciones comunitarias (no puede olvidarse la exigencia de neutralidad climática). Desde esta perspectiva, parece oportuno que la norma legal a la que nos venimos refiriendo determine de forma clara los objetivos que se pretender fomentar, con la finalidad de dar seguridad jurídica a las propuestas de inversiones que se propongan: entre otros, proyectos que permitan descarbonizar la economía, para cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular.

En definitiva, las condiciones sociales y ecológicas son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública claramente amparada por varios de los ODS. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una "potestad" al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Así, como menciona el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) en la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, se afirma: "Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, (…) un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros'' (apartado 38)[(81)].

La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público) atendiendo a la lógica de los objetivos ODS, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más "inteligente". Corresponde a los poderes públicos liderar la nueva "cultura verde" que permita, desde la planificación, un nuevo escenario económico y social respetuoso con el medio ambiente. Los ODS son la oportunidad para relanzar este nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y "circulares", que integren lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

Para cumplir estos objetivos, más allá de apriorismos ideológicos, es necesario revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general. El ejemplo de muchas de muchas empresas en la crisis no puede ser cuestionado y su compromiso social debe ser la seña de identidad de un modelo

(80) En ese sentido, autores como Pernas, J. (2020) señalan -con acierto- que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030" y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

(81) Existe ya experiencias y guías sobre cómo introducir estos criterios. En la literatura más reciente destaca el libro de Pardo, M. & Sánchez García, A. (2020). *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*. Aranzadi & Cizur Menor.

productivo cimentado en la mejor prestación de servicios o suministros a los ciudadanos[82]. Por ello, una correcta lectura de los ODS aconseja atender a la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público).

El objetivo de la transformación que pretende la Agenda de Naciones Unidas obliga a una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución a las necesidades de la ciudadanía, necesidades que no son de simple ideología.

4. Conclusiones propositivas

La nueva regulación de los contratos públicos debe avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivota sobre los principios de eficiencia, transparencia y buena administración. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar "economías de escala organizativas" y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual. Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos.

Frente a inercias o dogmatismos, la situación "global" obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los interesen públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importante las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*)[83], que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial[84].

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora[85]. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. Y, además, como advierte Hernández (2021), "debemos garantizar un régimen de contratación que permita dar respuesta a las apremiantes necesidades públicas y que actúe como dinamizador de un modelo económico más sostenible, inteligente y resiliente que nos prepare mejor para afrontar futuras crisis sanitarias, climáticas, alimentarias, tecnológicas o energéticas".

(82) Como señala Fracchia (2017), ante los casos de "egoísmo del mercado", lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público. Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización (pp. 94-95). Este autor nos recuerda como en el dilema ente gestión pública y externalización el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril) en la elección de la modalidad de gestión del servicio se decanta a favor del mercado. En la misma línea, Valcárcel, P. (2020). Works and service concession contracts: the way to boost PPP in Spain. En Piotr Bogdanowicz, R.Caranta & Pedro Telles (edit.). *Public-private partnerships and concessions in the EU: an unfinished legislative framework* (vol. 1, pp. 168-188). Edward Elgar Publishing.

(83) Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor Bernal Blay. *Véase* su opinión en Bernal Blay, M. (2020). Blockchain, Administración y contratación pública. *Observatorio de Contratación Pública*. http://www.obcp.es/opiniones/blockchain-administracion-y-contratacion-publica. Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de Valero. Al respecto, *véase* Valero, J. (2020). Inteligencia Artificial y contratación del sector público. *Observatorio de Contratación Pública*. http://www.obcp.es/opiniones/inteligencia-artificial-y-contratacion-del-sector-publico.

(84) Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final-. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM (2017) 572 final.

(85) En definitiva, la administración electrónica debe servir, asumiendo el importante rol de las nuevas tecnologías disruptivas, para mejorar la transparencia y la eficiencia (social) en la contratación pública, cuya transversalidad o carácter de política pública horizontal es cada vez más evidente. Sobre los diferentes roles del principio de transparencia, *véase* Valcárcel, P. (2019). Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del ''big data''. En J. Gimeno (dir.) & C. de Guerrero (coord.), *Observatorio de contratos públicos 2018* (pp. 93-130). Aranzadi Thomson Reuters.

Una última reflexión. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de "justicia social" sobre las que se cimientan los ODS, que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente "numérica e insensible" sobre los resultados. Como bien advirtió la Abogado General J. Kokott en un procedimiento judicial en la Unión Europea, "Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social". Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos en el significado y alcance de los ODS, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI.

Y es que los ODS, en una dimensión funcional, pueden ser el instrumento para reconstruir las murallas del Derecho público, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social)[86]. Lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno. La idea de *buen gobierno* va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos, que favorezcan la necesaria seguridad jurídica para que pueda emerger "una economía sana y competitiva". Desde este contexto los ODS, que deben facilitar la articulación armónica los denominados círculos de excelencia -excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento)-, son una "ventana de oportunidad" para un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de "política palanca" para proteger con eficacia los derechos sociales.

Referencias bibliográficas

Alonso, R. (2008). La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico. *Revista española de derecho europeo, 28*, 385-410. http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/414

Baño, J. (2016). El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. En F. López (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 496-518). Instituto Nacional de Administración Pública.

Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Diario Oficial de la Unión Europea, 94/1, 28 de marzo de 2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=it

Fracchia, F. (2017). Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales entre externalización y remunicipalización. En T. Font & J. Díez (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión* (pp. 80-116). Iustel.

Gallego, I. (2014). Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública. En J. Gimeno & M. Bernal (coords.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (pp. 165-232). Aranzadi & Cizur Menor.

Gimeno Feliu, J. (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia: (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos).* Aranzadi & Cizur Menor.

Hernández, F. (2021). *Una ley de contratos para tiempos de crisis*. Observatorio de Contratación Pública. http://www.obcp.es/opiniones/una-ley-de-contratos-para-tiempos-de-crisis

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2015). *Recomendación del Consejo sobre contratación pública.* OCDE.https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf

Pernas, J. (2020, 6 de abril). *La "contratación circular": el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos*. Observatorio

(86) Idea defendida por Chinchilla. *Véase* en Chinchilla Marín, C. (2016). El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública, 200*, 361-383. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.18.

de Contratación Pública. http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia.

Ponce, J. (2017). Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo. *Revista Internacional Transparencia e Integridad, 3.*

Valcárcel, P. (2018). Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 74,* 52-61.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.007

Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado(*)

Special public investment projects and the public investment execution model: review of the tools that can be used to improve government contracting

Juan Carlos Medina Flores(**)
Estudio Echecopar Asociado a Baker & McKenzie International (Lima, Perú)

Resumen: En el año 2019 se llevaron a cabo en Lima los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos. Este fue el mayor evento deportivo multidisciplinario organizado por el Perú. Este evento fue un gran reto para el Perú, tanto por su complejidad como por el corto tiempo con el que se contaba para su ejecución. Para cumplir sus objetivos, el Proyecto Especial a cargo de la organización de los Juegos empleó diferentes mecanismos de contratación y herramientas de gestión novedosos, dentro del marco de un contrato de Gobierno a Gobierno con el Reino Unido. En este contexto, estas experiencias han sido replicadas en un nuevo Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas que puede ser empleado por los Proyectos Especiales de Inversión Pública. Lo que se busca mediante este nuevo esquema es destrabar las inversiones públicas, gestionándolas y ejecutándolas eficientemente, empleando altos estándares internacionales.

La regulación de estos Proyectos Especiales de Inversión Pública se ha venido desarrollando progresivamente en el último año, incorporando incluso la posibilidad de celebrar contratos de Gobierno a Gobierno. A la fecha, se encuentra en operación el Proyecto de Inversión Pública, denominado "Escuelas Bicentenario", que permitirá analizar el funcionamiento de este nuevo Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas. Actualmente, en medio de constantes anuncios de modificación de la Ley de Contrataciones del Estado, se ha puesto sobre la mesa la discusión de la oportunidad y pertinencia de implementar varias de las herramientas del Modelo de Ejecución de Inversiones en la normativa de contrataciones del Estado, a efectos de mejorar la ejecución de las obras públicas. En este escenario, es importante conocer estas herramientas comprendidas en el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas como punto de partida para evaluar posibles propuestas de mejora a la normativa de contrataciones del Estado, ya sea para prever nuevas figuras o para mejorar la regulación existente. Para dicho fin, en el presente artículo se reseñan algunas de las principales herramientas

(*) Nota del editor: El artículo fue recibido el 04 de abril de 2021 y su publicación fue aprobada el 21 de junio de 2021.
(**) Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Máster en Contratación Pública y estudios de postgrado en Derecho de la Construcción, Derecho Corporativo y Arbitraje. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Presidente de la Comisión de Contrataciones del Estado de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado Senior del Estudio Echecopar, asociado a Baker & Mckenzie International. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1887-2619. Correo electrónico: juancarlos.medina@bakermckenzie.com.

del Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas, así como los beneficios que estas podrían aportar para la ejecución de las obras públicas.

Palabras claves: Proyectos Especiales de Inversión Pública - Contratos de Gobierno a Gobierno - Contratos Estándares Internacionales - Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas - Infraestructura Pública

Abstract: After the XVIII Pan American Games and Sixth Parapan American Games were held between July and September 2019, the largest sporting event organized and executed by Peru, which involved the deployment of novel contracting and management mechanisms, the Government has sought replicate this experience in a new investment management model. In this context, the Special Public Investment Projects were created, with the aim of applying this new investment management model for the execution of public investment projects, a package of projects or a portfolio of projects.

The regulation of these Special Public Investment Projects has been progressively developed in the last year, adopting even the mechanism of Government-to-Government contracts. This regulatory development has led to the creation of the first Public Investment Project, "Escuelas Bicentenario". With the constant announcements of modification of the Government Procurement Law, the discussion of the opportunity and relevance of implementing the tools enabled for Special Public Investment Projects in the general regulation of public contracts has been raised, in order to improve the execution of public works. In this scenario, it is important to study the tools considered in the investment execution model envisaged in Emergency Decree 021-2020, as a starting point to evaluate the proposals for improvement to the Government Procurement Law. In this article the main tools of the Investment Execution Model are reviewed, as well as the benefits these tools provide for the execution of important infrastructure projects in Peru.

Keywords: Special Public Investment Projects - Government to Government Contracts - International Standard Contracts - Investment Model - Public Infrastructure

1. Presentación del tema

En el marco del empleo de los Contratos de Gobierno a Gobierno para la ejecución de importantes proyectos de inversión pública, el Estado ha venido empleando nuevas herramientas en gestión de proyectos y ejecución de obras públicas. De esta manera, poco a poco los funcionarios públicos involucrados en estos proyectos vienen ganando una importante experiencia que podría ser replicada directamente por las Entidades públicas, sin tener que recurrir necesariamente a la contratación entre Estados. Siguiendo este camino, mediante Decreto de Urgencia 021-2020 se regularon los Proyectos Especiales de Inversión Pública (en adelante, los "PEIP") y un Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas que recoge las herramientas empleadas por el Proyecto Especial a cargo de los Juegos Panamericanos y las buenas prácticas internacionales, que permitan ejecutar eficientemente las obras públicas, evitando sobrecostos, demoras y controversias en que se ven entrampadas actualmente con la normativa de contrataciones del Estado.

De esta manera, los PEIP son un buen punto de partida para probar nuevas herramientas de gestión de proyectos para evaluar su aplicabilidad y ventajas, así como los retos y oportunidades de mejora, e ir generando capacidades nacionales, para luego, sobre la base de evidencias, determinar la viabilidad de incluir estas herramientas en la normativa general de contratación pública. A la fecha solo se encuentra en funciones el PEIP "Escuelas Bicentenario", pero mientras más se desarrollen este tipo de organizaciones, se contará con mayor información respecto de los beneficios y retos en el uso del Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas, para la adopción de decisiones normativas eficientes. Paralelamente, en el último año, el Gobierno viene impulsando reformas normativas tendientes a implementar algunas de estas herramientas en la contratación pública nacional(1) o mejorar su regulación. En este contexto, resulta importante evaluar a detalle las experiencias adquiridas en el marco de los Contratos de Gobierno a Gobierno, así como aquellas que se generen con el desarrollo de los PEIP, para tener mayores elementos de juicio para promover reformas sustanciales en la normativa de contratación pública.

En el presente artículo se reseñan algunas de las principales herramientas del Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas empleado por los PEIP, señalando sus beneficios y el uso que han tenido en proyectos públicos previos.

(1) Por ejemplo, se prepublicó el Proyecto de Ley de la Cadena de Abastecimiento Público y, posteriormente, un Proyecto de Nueva Ley de Contrataciones del Estado.

2. Los Proyectos Especiales de Inversión Pública

Mediante Decreto de Urgencia 021-2020 (en adelante, el "DU 021-2020") se regularon los Proyectos Especiales de Inversión Pública (PEIP). De acuerdo con el Reglamento de dicha norma, aprobado mediante Decreto Supremo 119-2020-EF, los PEIP son una estructura organizativa creada para la ejecución de un proyecto de inversión, un programa de inversión o una Cartera de Inversiones de naturaleza sectorial o multisectorial, que tienen como objetivo ejecutar inversiones viables o aprobadas, sostenibles y que cuentan con disponibilidad presupuestal para su ejecución y funcionamiento. Los PEIP tienen carácter temporal, de manera tal que, una vez cumplidos sus objetivos, los activos de las inversiones ejecutadas se integran a la Entidad responsable de la fase de funcionamiento de las inversiones.

Los PEIP se crean mediante solicitud, dirigida por la Entidad del Poder Ejecutivo de la que estos dependerán, dirigida al Ministerio de Economía y Finanzas y su máxima autoridad es un Director Ejecutivo designado mediante resolución ministerial de la Entidad responsable del PEIP. Para que un proyecto de inversión se incorpore a un PEIP, debe contar con declaración de viabilidad y encontrarse registrado en el Programa Multianual de Inversiones; debe ser rentable y sostenible; tener un monto total de inversión a precios de mercado igual o mayor a 600,000 UIT; determinar la magnitud del cierre de brechas de infraestructura y de acceso a los servicios públicos.

En el caso que se incorpore al PEIP una cartera de inversiones, las inversiones que la componen deben encontrarse en un estado homogéneo para su empaquetamiento, así como cumplir con alguno de los siguientes criterios:

a) Las inversiones mejoran los niveles de servicios relacionados entre sí.
b) Las inversiones requieren un nivel de tecnología homogénea y/o especializada.
c) Las inversiones coinciden en un mismo espacio territorial o se encuentran colindantes.
d) Las inversiones forman parte de una red de servicios.

Adicionalmente, los proyectos de inversión o las inversiones que componen la cartera deben contar con saneamiento físico legal; no tener contratos vigentes relacionados directamente con la ejecución física de la obra o infraestructura y no tener controversias o arbitrajes vigentes relacionados directamente con la ejecución física de la obra o infraestructura.

Como puede advertirse, se busca incorporar a los PEIP proyectos que no se encuentren paralizados o con contingencias, pues de ser así no funcionaría eficientemente el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas. Solo proyectos que se encuentren libres para una rápida ejecución, obteniendo el mayor provecho de las herramientas y facilidades del Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas pueden ser incorporados al PEIP; de otro modo, se invertiría en crear toda una estructura organizativa, con su propio personal y recursos, que no podría cumplir con sus funciones eficientemente.

Estos PEIP, como se ha mencionado anteriormente, a través del Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas que se les ha habilitado, tienen la posibilidad de emplear una serie de herramientas y estándares internacionales de gestión de inversiones para ejecutar proyectos de inversión pública eficientemente, superando los problemas que actualmente afectan a las obras públicas, tales como la deficiente elaboración de los expedientes técnicos, las controversias entre el contratista y la Entidad, las interferencias y la falta de saneamiento del terreno, entre otros.

Bajo esta normativa, actualmente se ha creado, mediante Decreto Supremo 011-2020-MINEDU, el Proyecto Especial de Inversión Pública "Escuelas Bicentenario", que tiene por objeto la ejecución de una Cartera de Inversiones constituida por 75 proyectos de inversión de las Instituciones Educativas de Lima Metropolitana y de las Instituciones Educativas Emblemáticas ubicadas en 8 departamentos y la Provincia Constitucional del Callao.

3. El Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas

El DU 021-2020 no solo regula la creación y funcionamiento de los PEIP, sino también el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas que será utilizado por estos proyectos especiales. Este modelo ha sido estructurado, en principio, sobre la base de la experiencia de los Juegos Panamericanos, así como las mejores prácticas internacionales en gestión de proyectos.

De acuerdo con el artículo 10 del Reglamento del DU 021-2020, el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas es "la agrupación de procesos, procedimientos

e instrumentos metodológicos de un conjunto de buenas prácticas guiadas por altos estándares internacionales para la ejecución efectiva de las inversiones públicas; para lo cual brinda facilidades para su revisión y desarrollo, que aseguren la ejecución de las inversiones, a través del cumplimiento de su cronograma, costos, alcance y calidad establecida".

El artículo 11 del referido Reglamento regula las herramientas y facilidades comprendidas en este modelo, entre las que se encuentran la Junta de Cambios, la asistencia técnica para la gestión y ejecución de las inversiones, la Metodología colaborativa de modelamiento digital de información para la construcción (BIM), los contratos estandarizados, entre otros.

Estas herramientas se han venido empleando en proyectos de inversión pública, sobre todo, bajo el marco de contratos entre Estados, y algunas se han regulado en recientes normas, por lo que es necesario conocer sus características, como punto de partida para discutir la pertinencia de incluir su regulación en las contrataciones del Estado o para mejorarla.

4. La Oficina de PMO y la Asistencia técnica para la gestión y ejecución de las inversiones

4.1 La Oficina de Gestión de Proyectos

El PMI señala que el PMO es:

> Una estructura de gestión que estandariza los procesos de gobierno, relacionados con el proyecto y hace más fácil compartir recursos, metodologías, herramientas y técnicas. Las responsabilidades de una PMO pueden abarcar desde el suministro de funciones de soporte para la dirección de proyectos hasta la responsabilidad de la propia dirección de uno o más proyectos (2013, p. 11).

Por su parte, el Plan Nacional de Infraestructura y Competitividad (PNIC) ha señalado:

> Al no haber un claro lineamiento y una responsabilidad debidamente definida dentro de los ministerios, la tramitología interna genera demoras en la toma de decisiones. Por otro lado, por la envergadura o complejidad técnica de algunos proyectos, existe temor en los funcionarios por la falta de capacidades, lo que afecta el cumplimiento de los cronogramas y de los planes de inversión. La implementación de PMO surge como una necesidad (2019, p. 77).

Por ello, el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado mediante Decreto Supremo 237-2019-EF, ha establecido como una de las medidas para dotar al país de infraestructura económica y social de calidad la implementación de las PMO. En dicho Plan se señala que esta medida propone incorporar en el Sistema Nacional de Abastecimiento la contratación de asistencia técnica de empresas especializadas en gerencia de proyectos para facilitar la mejora de las inversiones, el desarrollo de capacidades locales y la adopción de mejores prácticas de gestión mediante PMO.

Como puede notarse, actualmente el Gobierno viene apostando por la implementación de la Oficina de Gestión de Proyectos (PMO) para la gestión de los proyectos públicos. Asimismo, en tanto se generen experiencias y capacidades en el sector público para implementar una PMO con el propio personal de la Entidad, se considera necesario contar con un servicio especializado de asistencia técnica en la ejecución de inversiones.

Esta apuesta por las PMO permitirá incrementar la eficiencia en la ejecución de los proyectos, profesionalizando la gestión de los mismos, con un seguimiento y medición constante de los riesgos, costos, cambios, entre otros aspectos vitales del proyecto. En suma, de cara a la constante crítica que se realiza a las obras públicas, se evitarán las paralizaciones, sobrecostos y otras patologías. Esto, claro está, redundará en una mejor y más oportuna atención de las necesidades públicas que subyacen a toda contratación pública.

En la línea de lo expuesto, el Reglamento del DU 021-2020 recoge esta tendencia, estableciendo como uno de los órganos que componen al PEIP a la Oficina de Gestión de Proyectos, siendo esta la oficina responsable de planificar, organizar y facilitar la implementación del modelo de ejecución de inversiones públicas en el proyecto de inversión o Cartera de Inversiones, de acuerdo al Plan de Ejecución del PEIP.

Entre las funciones de esta oficina se encuentra el diseño e implementación de procedimientos e instrumentos para la gestión integrada del PEIP; proponer el Plan de Ejecución del PEIP; establecer cronogramas para las distintas áreas de trabajo y monitorear su progreso y evaluación para el cumplimiento de los objetivos del PEIP; efectuar el seguimiento de los costos y del presupuesto del proyecto de inversión o cartera de inversiones; implementar y gestionar el Control Integrado de Cambios; gestionar los riesgos que afectan el proyecto; entre otras.

Asimismo, de acuerdo con los Lineamientos Operativos para la Implementación del Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas a través de Proyectos Especiales de Inversión Pública, aprobados mediante Resolución Directoral 009-2020-EF/63.01 (en adelante, los "Lineamientos de los PEIP"), la PMO aborda diferentes líneas de acción, entre las que se encuentran los cambios, riesgos, costos, contratos, estrategia BIM, adquisiciones, planeamiento, control documental, entre otras.

Además, señalan que la Oficina de Gestión de Proyectos tiene como objetivo establecerse como el punto de consulta y coordinación dentro del PEIP, al seguir desde el inicio el desarrollo de los proyectos de inversión a cargo del PEIP y ser una fuente de información para la gestión de proyectos.

De esta manera, la Oficina de Gestión de Proyectos tiene un rol transversal que abarca los diferentes procesos del PEIP, brindando soporte, lineamientos e información necesaria a todas las demás áreas del PEIP para la correcta ejecución de los proyectos de inversión pública y el funcionamiento eficiente del propio PEIP.

En esta línea, Valdés señala que la PMO cumple un doble rol:

> Un rol normativo, que ayude a contar con un orden mínimo, que permita a la organización saber que está pasando con los diversos proyectos ejecutados concurrentemente y las relaciones de dependencia que pudieran existir entre cada uno de ellos; y un rol de servicio, que permita que el personal de esta entidad acompañe a los gerentes de proyecto en el desarrollo de sus funciones, compartiendo con ellos experiencias, consejos y buenas prácticas, así como el sentido de anticipación en la identificación de riesgos y soporte en la resolución de problemas y conflictos y en el uso adecuado de la metodología recomendando la "dosis" necesaria según las características del proyecto (2008).

Conforme a lo expuesto, considero bastante acertada la tendencia del Gobierno por insertar a las PMO en los proyectos de inversión pública, pues ello permitirá que los riesgos y cronogramas de los proyectos se encuentren debidamente monitoreados, permitiendo la respuesta oportuna de las áreas involucradas en cada caso, una gestión eficiente de los cambios del proyecto, que la Entidad a cargo tenga una estructura adecuada para ejecutar el proyecto, que se cuenten con documentos estándares que permitan la fluidez de las comunicaciones y aprobaciones; entre otros múltiples factores que aseguren un mayor control de la consecución de los objetivos del proyecto y que posibiliten la adopción eficiente de decisiones ante eventualidades que afecten los mismos.

De esta manera, considero beneficioso no solo apostar por regular las PMO en normas especiales y la contratación de servicio de asistencia técnica especializada, sino prever esta figura dentro de la normativa de contratación pública, así como invertir en la capacitación masiva de funcionarios públicos para que se integren a estas oficinas.

4.2 El Equipo de Asistencia Técnica en Gestión de Inversiones

Si bien la implementación de las PMO en los proyectos públicos resulta beneficiosa, el PNIC reconoce que aún no se cuenta con capacidad en las Entidades para llevarla a cabo, por lo que establece lo siguiente: "para abordar el problema de debilidad institucional para la gestión de proyectos, se plantea que los proyectos identificados en el PNIC podrán contar con un servicio de asistencia técnica especializada, tipo PMO, durante todo el desarrollo del proyecto" (2019, p. 74).

Es decir, en tanto se generen capacidades suficientes para que las Entidades organicen sus propias PMO con sus propios recursos, se plantea la alternativa de que estas contraten servicios de asesoría técnica de terceros que permitan cumplir con el rol de las PMO. Así, conforme a la Exposición de Motivos del Reglamento del DU 021-2020, el Equipo de Asistencia Técnica es un servicio que permite al PEIP contar con un suministro de especialistas con el fin de ir generando las capacidades que el PEIP y sus dependencias (especialmente la Oficina de Gestión de Proyectos) requieren para alcanzar niveles de calidad y oportunidad acordes a los estándares internacionales actuales.

En esta línea, el Reglamento del DU 021-2020 prevé que el PEIP contrata un Equipo de Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Inversiones para que le brinde asistencia y acompañamiento técnico para el cumplimiento de sus funciones. Los servicios a requerir del Equipo de Asistencia Técnica varían dependiendo de cada PEIP y las necesidades particulares de los proyectos a su cargo.

Este Equipo de Asistencia Técnica propone la definición del alcance del proyecto de inversión o cartera de inversiones; elabora el Plan de Ejecución del PEIP y la Estrategia de Contratación; lleva a cabo el seguimiento de los contratos estándar, emite informes de recomendación de los proveedores adjudicados en procesos de contratación; entre otras funciones.

Como puede advertirse, en concordancia con lo previsto en el PNIC, la normativa ha previsto que los PEIP cuenten con una PMO

interna, pero, además, con una asistencia técnica especializada externa que sirva de soporte y que ayude a que los funcionarios y servidores públicos encargados de la gestión del proyecto desarrollen las capacidades necesarias para ello.

Este esquema también se ha venido empleando en proyectos ejecutados con la asistencia técnica de Estados extranjeros, bajo la modalidad de contratación entre Estados. Así, por ejemplo, el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos del 2019 (ahora llamado "Proyecto Especial Legado de los Juegos Panamericanos"), en su Manual de Operaciones aprobado mediante Resolución Ministerial 1000-2017-MTC/01[(2)] contó con una Oficina de Gestión del Programa, que tuvo por función asesorar, monitorear y controlar el cumplimiento del Plan Maestro del proyecto.

A su vez, el Reino Unido, a través del contrato de Gobierno a Gobierno, brindó, entre otras funciones, asistencia a la Oficina de Gestión del Proyect[(3)] mediante consultores que se encargaron de gestionar la planificación, el reporte, la supervisión y el control de todo el programa de Lima 2019, incluyendo, pero no limitado a la gestión de riesgo, de *stakeholders*, de cambios, del cronograma, el establecimiento de procesos estandarizados y la mejora de eficiencias. El PNIC resalta este esquema empleado en los Juegos Panamericanos, atribuyéndole el éxito en el desarrollo de los juegos[(4)].

Es preciso señalar que, de acuerdo con el Reglamento del DU 021-2020, para contratar el servicio de asistencia técnica, los PEIP pueden emplear un contrato estándar internacional, en cuyo caso se empleará el procedimiento de selección especial previsto en el artículo 14 dicha norma; o usar otro tipo de contratos, en cuyo caso se empleará el procedimiento previsto en el Decreto Supremo 236-2020-EF.

Sin perjuicio de esta estructura de asistencia técnica especializada prevista en el DU 021-2020, reitero que es importante que los funcionarios del Estado puedan aprender los estándares internacionales de gestión de proyectos, a fin de que integren las PMO, sin recurrir o recurriendo de forma reducida a asesoría externa. Ello ayudará a incrementar la capacidad del Estado para gestionar proyectos públicos, que tanto se viene cuestionando actualmente y que sirve de fundamento para crear mecanismos poco regulados de contratación.

Actualmente, pese a la intención del Estado de promover la implementación de las PMO, a la fecha aún existe poco entendimiento respecto de los roles y funciones de esta figura. Algunos funcionarios ven a la PMO únicamente como un instrumento para realizar contrataciones más ágiles, mientras que otros lo ven como un vehículo para excluirse de la aplicación de la ley de contrataciones del Estado (mediante contratos de Gobierno a Gobierno), sin interiorizar sus grandes ventajas.

Por ello, a fin de que los funcionarios públicos obtengan capacidades en la implementación de las PMO, considero importante que se difunda de manera más amplia el *know-how* obtenido en la ejecución de los proyectos llevados a cabo mediante contratos entre Estados (Juegos Panamericanos, Aeropuerto Internacional de Chinchero, Hospitales del MINSA, entre otros). Esta difusión debe implicar compartir los retos afrontados, los errores, los aciertos, los costos, los documentos de gestión y reportes desarrollados, entre otros aspectos.

5. Junta de Cambios

El numeral 5.8 del artículo 5 del Reglamento del DU 021-2020 establece que la Junta de Cambios es un grupo integrado por el Director Ejecutivo, el responsable de la Oficina de Gestión de Proyectos, el responsable de la Oficina de Infraestructura, el responsable de presupuesto y otros funcionarios o servidores que el Director Ejecutivo determine; y tiene la función de revisar, evaluar, aprobar o rechazar los cambios propuestos por las áreas del PEIP con relación a la ejecución del proyecto de inversión o Cartera de Inversiones. El equipo de Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Inversiones participa de las sesiones de la Junta de Cambios.

Además, el numeral 6.4 del artículo 6 de dicho Reglamento establece que la Junta de Control de Cambios tiene como responsabilidades:

- Revisar todas las solicitudes de cambio presentadas por las unidades funcionales

(2) Actualmente derogado.
(3) Acuerdo de Implementación 2.
(4) El PNIC señala que "este éxito se debe, en gran medida, al enfoque de gerencia de proyectos de la unidad ejecutora y al hecho de que se contó con el apoyo de un Project Management Office (PMO) cuyo rol fue fundamental en dos aspectos: 1. Sistemas de información. 2. Apoyo técnico para la toma de decisiones" (2019, p. 77).

que conforman el Proyecto Especial, las cuales deben encontrarse debidamente fundamentadas, incluyendo su evaluación de impacto.

- Aprobar o rechazar las solicitudes de cambio propuestas.
- Diferir la decisión sobre las solicitudes de cambios en los casos que lo considere pertinente.
- Colaborar en el proceso de gestión de cambios para asegurar la debida celeridad del proceso.

En la experiencia pública, podemos advertir que en el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos de Lima también se estableció una Junta de Cambios. En efecto, mediante Resolución Directoral Ejecutiva 019-2018-MTC/PEJP-2019 se creó la "Junta de Control de Cambios" como una herramienta de gestión de dicho Proyecto Especial.

En dicha Resolución, que resulta ilustrativa, se indica que esta junta está integrada por los responsables de la Alta Dirección del Proyecto Especial, que realizarán la evaluación de la toma de decisiones sobre cualquier cambio que afectara la Línea de Base del Programa, lo que permitirá sustentar los cambios realizados, alinear los estimados de costos de los diseños, alinear los estimados de costos a las estrategias, establecer una nueva línea base para poder ejercer una mejor supervisión sobre la gestión mediante un proceso de control de cambios y la posterior propuesta al órgano competente para su aprobación. Asimismo, agrega que la Junta de Control de Cambios "busca deliberar y tomar decisiones a fin de implementar un proceso previo que otorgue transparencia ante cualquier propuesta de cambio en el alcance, cronograma y costo de los proyectos que desarrolla el Proyecto Especial"(5) (Resolución Directoral Ejecutiva 019-2018-MTC/PEJP-2019).

Precisado lo anterior, debe tenerse presente que la Junta de Cambios es parte del proceso de Control Integrado de Cambios que, conforme al PMBOK:

> Implica revisar todas las solicitudes de cambio, aprobar y gestionar cambios a entregables, documentos del proyecto y al plan para la dirección del proyecto; y comunicar las decisiones. Este proceso revisa todas las solicitudes de cambio a documentos del proyecto, entregables o plan para la dirección del proyecto y determina la resolución de las solicitudes de cambio. El beneficio clave de este proceso es que permite que los cambios documentados dentro del proyecto sean considerados de una manera integrada y simultáneamente aborda el riesgo general del proyecto, el cual a menudo surge de cambios realizados sin tener en cuenta los objetivos o planes generales del proyecto (Project Management Institute, 2017, p. 113).

Por su parte, el literal f) del artículo 3, del Reglamento del DU 021-2020 define el Control Integrado de Cambios como el proceso "por el cual se identifican, documentan, aprueban o rechazan cualquiera de los cambios propuestos para la ejecución efectiva del proyecto de inversión o Cartera de Inversiones del PEIP. Forma parte de las funciones de la Oficina de Gestión de Proyectos".

Añade el PMBOK que:

> Si fuera necesario, el proceso Realizar el Control Integrado de Cambios incorporará un comité de control de cambios (CCB), que es un grupo formalmente constituido responsable de revisar, evaluar, aprobar, aplazar o rechazar los cambios en el proyecto, así como de registrar y comunicar dichas decisiones (Project Management Institute, 2017, p. 115).

Como señala Lledó:

> En aquellos casos que existe un Comité de cambios, cualquier implementación de cambio que vaya a modificar alguna línea base (alcance, tiempo, costo, calidad) debe ser aprobada previamente por este Comité. La única excepción sería en caso de fuerza mayor donde el DP puede realizar cambios de emergencia para mitigar riesgos (2017, p. 117).

En líneas generales, puede rescatarse que el empleo de la Junta de Cambios permite una evaluación y aprobación rápida de cualquier cambio que pueda afectar la ejecución del proyecto, asegurando la intervención oportuna de todos los actores responsables del mismo. Este mecanismo evita que un importante cambio tenga que pasar por la evaluación aislada de cada oficina del PEIP, con la emisión de los informes y otros documentos emitidos de forma independiente y que pueden ser contradictorios entre sí, generando retrocesos innecesarios.

Es común en la contratación pública nacional que los funcionarios no aprueben fácilmente los cambios propuestos a los proyectos, que se demoren en adoptar decisiones o que gasten valioso tiempo en discutir respecto de qué órgano debe asumir

(5) Actualmente, la Directiva 001-2021-MTC/34.01, aprobada mediante Resolución Directoral Ejecutiva 009-2021-MTC/34, del Proyecto Especial Legado Juegos Panamericanos y Parapanamericanos, que define a la Junta de Cambios como el "Equipo de Trabajo designado para deliberar los cambios propuestos que afecten la línea de base del alcance, cronograma y costos de las inversiones y actividades del portafolio del Proyecto Especial".

la responsabilidad por las decisiones adoptadas. Cada órgano de la Entidad espera un pronunciamiento de otro órgano para respaldar su propia decisión. Este mecanismo poco colaborativo y desorganizado genera pérdida de recursos, así como conflictos entre las dependencias de la Entidad.

La Junta de Cambios permite que los representantes de todos los órganos que se ven involucrados en la evaluación de un cambio y la toma de una decisión realicen estas actividades de forma conjunta, de manera colaborativa y transparente, evitando la práctica de protegerse buscando el traslado de su responsabilidad a otros funcionarios. Es una forma eficiente de lograr consensos, compromisos y decisiones ágiles de los funcionarios pertinentes en beneficio del proyecto.

Esto es particularmente beneficioso cuando los cambios que se someten a consideración se encuentran referidos a la ejecución de un contrato de obra -por ejemplo, cambios de alcance-, pues permite que la decisión no se dilate, generando el derecho del contratista de reclamar las consecuencias legales de dicha demora (ampliaciones de plazo, reconocimiento de costos, daños, resolución, o cualquiera sea el mecanismo que aplique conforme al contrato).

Por ello, considero importante implementar debidamente las Juntas de Cambios en la estructura de las Entidades que ejecutan obras públicas, pues, como mencioné anteriormente, puede acelerar el actualmente lento proceso de toma de decisiones, articulando responsabilidades y permitiendo la mitigación oportuna de riesgos. Además, este mecanismo promoverá la colaboración interna de la Entidad, reduciendo las fricciones en las relaciones de los funcionarios, generando conciencia y compromiso con la consecución de los fines del proyecto.

6. Estrategia de Contratación

6.1. La Estrategia de Contratación

De acuerdo con el literal l) del artículo 3 del Reglamento del DU 021-2020, la Estrategia de Contratación es el conjunto de procesos, factores y criterios que determinan las acciones a seguir en la contratación y selección de bienes, servicios y/o ejecución de obras necesarias para alcanzar los diversos objetivos del proyecto de inversión o Cartera de Inversiones del PEIP.

La Estrategia de Contratación establece los sistemas de entrega a seguir previa evaluación comparativa, los Contratos estandarizados a emplear, la identificación de aquellos factores que determinan la ejecución del proyecto-drivers; así como determina las alternativas de empaquetamiento y procesos de control para desarrollar y administrar los acuerdos para la ejecución efectiva de los contratos, entre otros aspectos, con el fin de buscar la mejor combinación costo-beneficio para lograr los objetivos del proyecto de inversión o Cartera de Inversiones. La estrategia de contratación es elaborada por el Equipo de Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Inversiones y es aprobada por el Director Ejecutivo del PEIP.

De acuerdo con los Lineamientos, la estrategia de contratación tiene por objeto:

- Alinear las contrataciones con los objetivos del proyecto o paquetes de proyectos, los riesgos, consideraciones, limitaciones y el estado del mercado.
- Seleccionar los contratos estándares más apropiados para cada caso.
- Revisar los objetos de las inversiones y proponer estrategias de empaquetamientos.
- Revisar paquetes de contratación, asegurando que los alcances estén robustamente definidos y alineados con la estrategia de contratación.
- Definir los pasos y criterios de evaluación durante todo el proceso de contratación, que llevarán, finalmente, a la designación de un contratista o contratistas, según el caso.

Esta herramienta evoca a lo que en los últimos Contratos de Gobierno a Gobierno se ha denominado políticas de procura o estrategias de procura. Así, por ejemplo, en la Cláusula Segunda del Contrato de Gobierno celebrado entre el Ministerio de Salud y el Estado de Francia para la asistencia técnica en la ejecución de los hospitales Sergio Bernales y Lorena, se previó que las Políticas de Procura son los procedimientos, términos y condiciones que deberá aplicar el Estado de Francia para el desarrollo de la Fase de Procura Internacional de dicho Proyecto, los que deberán estar de acuerdo con los principios de transparencia, equidad y competencia.

A su vez, en el alcance final actualizado de dicho contrato se previó que en la fase de procura internacional del proyecto se espera que la PMO (organizada por Francia) evalúe e implemente los instrumentos contractuales (contratos de elaboración de expediente técnico, de construcción de obra, equipamiento integral y puesta en marcha) y la estrategia de procura más adecuada

para la ejecución del proyecto; asimismo que se encargue de la organización, gestión y ejecución del proceso de procura internacional bajo altos estándares de transparencia e integridad.

Como vemos, en los contratos entre Estados forma parte de las funciones de los Estados extranjeros que brindan asistencia técnica en gestión de inversiones, de manera previa a lanzar cualquier convocatoria de proceso de procura internacional, la definición de una estrategia de contratación que no solo determine el tipo de contrato a emplearse, sino el Sistema de Entrega de Proyecto más eficiente para alcanzar la finalidad del mismo, la forma de acceder al mercado, los requisitos exigibles a los participantes en los procesos de procura, la estrategia de empaquetamiento, entre otros aspectos.

Esta herramienta es muy importante y es un aspecto clave a implementar en la contratación pública nacional, donde es dejada de lado. Cuando se contrata en el sector público no basta con que la decisión del servidor se base en criterios legales y cumplimiento de formalidades, sino en una adecuada planificación y estrategias eficientes para que la contratación se encuentre alineada con los objetivos del proyecto y que sirva para generar sinergias y eficiencias.

Normalmente, bajo la normativa de contrataciones del Estado, el servidor público solo se centra en elegir el procedimiento de selección conforme a los parámetros normativos y a seguir los pasos y formalidades de la norma, llenando las bases estándares conforme a las instrucciones que vienen prefijadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

En cambio, en los PEIP, que tienen una mayor flexibilidad y discrecionalidad, se deberá elaborar, luego de un importante análisis, una estrategia de contratación (sistema de entrega de proyecto, definición de prioridades, forma de acercarse al mercado, tipo de contrato a emplearse, empaquetamiento, etc.) conforme a los *drivers* identificados, la naturaleza y características particulares del proyecto de inversión y del PEIP, las capacidades del personal del PEIP, las características del mercado objetivo, entre otros aspectos.

Recientemente se viene poniendo mucho énfasis en el empleo de contratos estándares internacionales, atribuyéndoles a estos los resultados obtenidos en los proyectos en los que el Estado peruano ha empleado contratos entre Estados. Sin embargo, la elección de un contrato estándar no se realiza de manera aislada por el simple hecho de que este haya sido beneficioso en otros proyectos, sino que obedece a un análisis a fondo de diferentes elementos del proyecto.

El propietario -en este caso, una Entidad o PEIP- debe conocer cómo quiere que se ejecute el proyecto, qué riesgos desea asumir, qué experiencia previa tiene, con cuántos recursos cuenta, qué tipos de contratos conoce y puede ejecutar eficientemente, con qué personal cuenta, el tiempo y el presupuesto para ejecutar el proyecto, la disponibilidad de los fondos, la capacidad de gestión contractual que tiene, entre otros muchos aspectos, antes de decidir el tipo de contrato que va a emplear.

Todos estos elementos deben ser analizados con ocasión de la estrategia de contratación, por lo que esta herramienta resulta más amplia e importante que la sola elección de un contrato estándar internacional. La consideración de estas interrogantes puede llevar a determinar que, aun cuando un contrato estándar internacional haya sido empleado con éxito en otros proyectos similares, finalmente no sea el mejor para la Entidad, pues no tendrá la capacidad para ejecutarlo sin contratiempos ni controversias, o requerirá invertir demasiados recursos en asesoría externa para entender el contrato que ha celebrado.

Así, de desarrollarse con la importancia debida en la normativa de contrataciones del Estado la estrategia de contratación, esta servirá para marcar el norte de las Entidades respecto de qué contrato emplear, cómo manejar los riesgos, qué paquetes de contratación considerar, cuándo lanzar sus procesos de contratación y bajo qué modalidades, sin empelar encargos u otras herramientas especiales, entre otras consideraciones.

6.2 El Sistema de entrega de proyectos

Como puede advertirse, uno de los elementos esenciales de la Estrategia de Contratación es la determinación del Sistema de Entrega de Proyectos (*Project Delivery System* o PDS), antes de la elección del modelo de contrato más conveniente para el proyecto.

De acuerdo con la CMAA:

> Cada propietario responsable por la implementación de un proyecto de construcción debe tomar una temprana e importante decisión sobre el método mediante el cual el proyecto será diseñado y construido -el sistema de entrega de proyecto [*proyect delivery system*]. Esta decisión se ha vuelto más difícil en los años recientes dados los varios sistemas alternativos que han sido desarrollados para sobrellevar las potenciales dificultades del sistema tradicional. Los métodos que han

ganado popularidad incluyen el *construction management at risk, multiple prime contracting, design-build*, y más reciente, el *Integrated Project Delivery* (2012, p. 10).

Por su parte, García señala que:

El *Project Delivery System* es el método mediante el cual se define la estructura de las relaciones entre las partes intervinientes en la ejecución del proyecto de construcción, sus funciones y la secuencia general de actividades (Moore, 2000). Dicha definición estará a cargo exclusivamente del propietario a base de sus intereses y requerimientos. De esta manera, la decisión de las labores de diseño y construcción recaerán en un solo sujeto mediante un contrato o en dos sujetos con contratos independientes estará en manos del propietario (2020, p. 110).

Como señala Klee:

Un proyecto de construcción es un sistema único de procesos que involucra varios participantes con diferentes obligaciones condicionadas por varios factores, amenazas y riesgos vinculados. Con ello en mente, el sistema de entrega correcto (forma de administración y organización del proyecto de construcción) debe ser seleccionado, correspondiendo al propietario la elección de esta decisión (2015, p. 53).

En efecto, corresponde al propietario determinar el PDS, que es la columna vertebral del diseño del contrato a celebrarse. El PDS define qué obligaciones serán asumidas por cada parte, cómo se distribuirán los riesgos, cuántas relaciones contractuales se involucrarán, en qué fases intervendrá cada actor, el límite de las responsabilidades de las partes, una correcta estructura de incentivos, entre otros. Solo conociendo estos aspectos se podrá elegir algún modelo de contrato que calce con los requerimientos definidos por el propietario.

Existen diversos sistemas de entrega de proyectos. La clasificación puede variar según cada autor o cada jurisdicción en que nos encontremos, por lo que no es propósito de este breve artículo ahondar en cada PDS. Solo me referiré de manera general a los principales PDS y, en particular a la Gerencia de Proyectos, que viene siendo empleada en importantes proyectos como los Juegos Panamericanos y la Reconstrucción con Cambios, la cual no cuenta con reconocimiento en nuestra normativa de contrataciones del Estado.

6.2.1. El método tradicional o DBB (Design - Bid - Build)

De acuerdo con Franco:

En el método tradicional se separa la construcción del diseño. Se contrata un contratista para construir lo que los ingenieros y arquitectos han especificado. En este esquema el contratista suele no asumir responsabilidad por la exactitud del diseño, lo cual puede generar cierta dificultad al determinar la responsabilidad por defectos o si la construcción no alcanza los objetivos esperados por el propietario. La menor responsabilidad del constructor suele implicar también un menor precio en comparación con un contrato de diseño y construcción (2015, p. 12).

El método tradicional es el que comúnmente emplea nuestra normativa de contrataciones del Estado para la ejecución de obras públicas. Su denominación (DBB) viene dada por el hecho de que el propietario primero contrata el diseño del proyecto, luego se encargará de seleccionar al contratista que finalmente se encargará de ejecutar el proyecto conforme al diseño que se le proporcione.

En este PDS el propietario tiene dos relaciones contractuales principales: una primera con un diseñador o proyectista, y una segunda relación con el ejecutor de la obra, quien tendrá que ejecutar el proyecto conforme a lo definido con el proyectista.

Esto implica que el propietario deba administrar al menos dos contratos, siendo que ambos pueden generar controversias que deriven en algún mecanismo como el arbitraje. Ello, sumado a otros contratos que puedan verse vinculados con estos, como la supervisión, puede generar que el propietario emplee mayores esfuerzos en la administración contractual.

En este PDS el propietario deberá articular de la mejor manera estas dos relaciones contractuales, pues cualquier deficiencia en el trabajo del proyectista podrá generar una controversia o el reconocimiento de un derecho en favor del ejecutor. Además, debería cuidar que el proyectista preste asistencia o algún nivel de colaboración durante la ejecución de la obra, a fin de disipar cualquier duda o analizar cualquier variación a su proyecto que levante el ejecutor.

La ventaja, en contraposición, es que el propietario podrá evaluar previamente el diseño y aprobarlo antes de elegir al contratista ejecutor. Asimismo, teniendo los cuidados necesarios, contará durante la ejecución con el soporte del proyectista para superar cualquier deficiencia del diseño o absolver cualquier duda del constructor.

6.2.2. Diseño y Construcción

En este PDS el empleador celebra un único contrato en el cual el contratista asume la responsabilidad tanto por el diseño del proyecto conforme a los requerimientos definidos por el propietario y la ejecución del proyecto.

En este caso habrá un único contrato en el que se concentran las responsabilidades

de un proyectista y un ejecutor, por lo que el propietario deberá gestionar una única relación contractual. No obstante, esto implica que la Entidad no cuente con un proyectista que pueda acompañar la ejecución de la obra, asesorando respecto del diseño y evalúe los cambios propuestos por el contratista.

De otro lado, toda vez que el contratista será responsable por la ejecución del diseño, este deberá asumir durante la ejecución de la obra los errores de su propio diseño. Su responsabilidad es mayor y, por tanto, el precio que cobra también es mayor. Dependiendo de la complejidad del proyecto, elegir este PDS puede reducir la cantidad de contratistas disponibles en el mercado, en comparación con el método tradicional.

El artículo 36 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, recoge las modalidades de contratación. Tanto la modalidad de llave en mano para obras que incluye la elaboración del expediente técnico como el concurso oferta corresponden al PDS de Diseño y Construcción.

Además, el Título VIII de dicho reglamento regula la ejecución de obras que incluyen diseño y construcción. Así, el artículo 213 establece que, para usar este PDS, resulta necesario que el expediente de contratación contenga los requisitos de la Entidad, el Estudio básico de ingeniería, la asignación de riesgos y la ficha técnica o el estudio de preinversión que sustentó la declaratoria de viabilidad parta proyectos de inversión o la información del registro de las inversiones de ampliación marginal, rehabilitación y de optimización, según corresponda.

Además, el artículo 212 del referido reglamento establece que el Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE) regulará las disposiciones complementarias para la aplicación de este PDS, lo cual puede incluir la posibilidad de emplear contratos estándares internacionales. No obstante, a la fecha, aún no se ha emitido esta regulación complementaria.

6.2.3. Gerencia de Proyectos

El PDS de gerencia de proyectos implica que el contratista designado, antes que un constructor, sea un gestor del proyecto. Su obligación principal es administrar la obra para que esta se cumpla conforme a las condiciones de tiempo, calidad y presupuesto esperadas. Este PDS tiene dos modalidades, la Gerencia de Proyectos como Agencia y la Gerencia de Proyectos al Riesgo.

En la Gerencia de Proyectos como Agencia el contratista brindar asesoría necesaria al propietario (Entidad, en el sector público) para que el proyecto se ejecute conforme a lo esperado. En este caso el contratista no asume una obligación de resultados, pues solo debe brindar sus servicios de manera diligente, conforme a su experiencia y conocimientos, para que la obra se ejecute eficientemente.

De esta manera, en principio, para evitar que se le impute responsabilidad contractual, el contratista deberá demostrar que en la emisión de sus recomendaciones actuó diligentemente, conforme a sus conocimientos especializados, aun cuando el proyecto no se haya ejecutado dentro del alcance, precio y tiempo previstos.

Como señalan Block y Curran:

> Como un asesor, el contratista administrador es, esencialmente, responsable solo por sus propios actos de negligencia o incumplimiento contractual. No se considera que actúe "al riesgo" respecto del costo, tiempo o calidad del desempeño de los contratistas ejecutores". Así, por ejemplo, estos autores agregan que "el contratista puede, como parte de su contrato con el propietario, realizar estimados del costo de las obras, pero estos estimados normalmente no están garantizados (2010, p. 1).

En esta modalidad de agencia nos encontramos ante un contrato de servicios y no de construcción. Es el propietario quien celebra por cuenta propia los contratos con el proyectista y el ejecutor de la obra. El contratista agente no forma parte de estos contratos ni es responsable por cualquier incumplimiento de estos contratistas.

En cambio, bajo la modalidad de gerencia al riesgo, el contratista es el obligado principal frente al propietario, no es solamente un consultor. En este caso, el contratista asume una obligación de resultados: que la obra se ejecute eficientemente. El contratista sigue teniendo como prestación principal ser un gestor del proyecto, pero en este caso asume el riesgo y la responsabilidad porque el proyecto se ejecute eficientemente conforme a lo definido en el alcance del mismo.

Toda vez que el gerente de proyecto al riesgo es el contratista principal que asume la responsabilidad total del proyecto, pero no tiene por obligación principal la de ser ejecutor de la obra, en la práctica, asume el rol de ser un administrador de subcontratos. Serán diferentes subcontratistas los que se encarguen de ejecutar el proyecto. El gerente

de proyecto al riesgo deberá encargarse de que todos estos subcontratistas ejecuten eficientemente sus obligaciones, asumiendo frente al empleador la responsabilidad por cualquier incumplimiento de estos subcontratistas que afecte el proyecto como si lo hubiera ejecutado él mismo.

Puede notarse que, en el caso de la gerencia de proyectos como agencia, es la Entidad la que celebra directamente y asume la responsabilidad con los contratistas que se encarguen de diseñar y ejecutar la obra. De esta manera, la Entidad deberá administrar diferentes contratos (incluido el de su agente). Sin embargo, este entramado de relaciones contractuales se simplifica en la modalidad del contratista administrador al riesgo, pues la Entidad tendrá solo un contrato con el contratista administrador, y será este el que celebre subcontratos con los diferentes ejecutores del proyecto y asuma la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones de estos.

El sistema de entrega de proyectos de gerencia al riesgo ha sido el empleado en la ejecución de los Juegos Panamericanos y actualmente en las obras de la reconstrucción con cambios, mediante el empleo de la modalidad de contratación entre Estados y el uso de los contratos NEC ECC Opción F.

Así, por ejemplo, en las cláusulas de los Contratos NEC ECC Opción F celebrados para las diferentes obras de la Reconstrucción con Cambios se ha agregado una cláusula que define el sistema de entrega del proyecto que señala lo siguiente:

> El Sistema de Entrega de Proyecto (*Project Delivery System*) de este Contrato consiste en una Gerencia de Proyecto al Riesgo (*Management Contracting at Risk*) y la Modalidad NEC 3 Opción F donde el Contratista asume el riesgo de ejecución, resultado y plazo a los Precios y formas de pago establecidas en el Contrato. El Contratista es un gestor y se espera que subcontrate todos los trabajos a excepción de aquellos paquetes que ejecute él mismo, según se haya establecido en la Ficha de Datos del Contrato o sea aceptado por el Gerente del Proyecto durante la ejecución del Contrato. El Contratante no tiene ninguna relación o responsabilidad con los subcontratistas, todo conflicto o controversia que surja entre el Contratista y sus Subcontratistas no deben afectar la ejecución de los trabajos por el Contratista.

Este sistema no se encuentra recogido en nuestra normativa de contrataciones del Estado, pero su uso ha permitido que se ejecuten importantes proyectos de infraestructura en el Perú, por lo que considero conveniente estudiar la posibilidad de implementar este PDS en una próxima modificación normativa. Con el avance de la ejecución de los contratos de la Autoridad de la Reconstrucción con Cambios que emplean este PDS y la experiencia recogida en los Juegos Panamericanos, se contará con experiencias que sirvan como base para evaluar la conveniencia de regular este PDS y las condiciones necesarias para ello.

De manera preliminar, se puede señalar que la Gerencia de Proyectos al Riesgo resulta conveniente cuando la Entidad no tiene experiencia ni capacidad suficiente para ejecutar el proyecto; cuando se cuente con poco margen de tiempo para ejecutar el proyecto (*driver* plazo), por lo que es necesario contar con un gestor que administre correctamente el proyecto para que se cumpla de acuerdo a lo requerido por el cliente; y cuando el proyecto revista una alta complejidad que dificulte su correcta administración (por ejemplo, que se prevea la participación de diferentes empresas constructoras, varios paquetes de subcontratación).

6.2.4. Sistemas colaborativos

El reporte de Michael Latham de 1994 reconocía en la industria de la construcción del Reino Unido que las más efectivos modelos de contratos deben incluir “un deber específico de todas las partes para cooperar entre estas y con sus subcontratistas, especialistas y proveedores, en una atmósfera de cooperación mutua” (1994, p. 37).

Se reconoce que la colaboración, la confianza mutua, evitar el conflicto, la búsqueda de soluciones que prioricen el proyecto en beneficio las partes involucradas genera valor en los proyectos de construcción y reducen los costos de transacción.

Sin embargo, en la obra pública nacional, que está sujeta a varias vicisitudes, la tendencia es que no exista confianza entre las partes. La obra pública nacional es conflictiva. Las partes, lejos de colaborar, son propensas a generar controversias, ocultar información y actuar de forma oportunista.

Es importante impulsar la colaboración entre las partes en los contratos de obra. Para ello no existe un único modelo o estándar de colaboración. Por el contrario, existen diferentes herramientas y metodologías de trabajo que promueven la colaboración entre las partes. Estas pueden ir desde un debe general de buena fe, propio de nuestro sistema legal, a esquemas sofisticados de trabajo conjunto entre las partes en donde se comparten riesgos y beneficios. Los mecanismos de colaboración son variados y no son taxativos, pero, por encima de cualquier provisión contractual, la actitud adoptada por las partes es primordial.

Aunado a un cambio de modelo contractual o cambio normativo, debe estar el esfuerzo por los diferentes agentes del mercado para cooperar y variar el paradigma confrontacional que predomina en la obra pública nacional.

Mucho se habla actualmente de los "contratos colaborativos", usando este término incluso como sinónimo de contrato estándar internacional. Pero no todos los contratos estándares son colaborativos. Existen contratos con diferentes niveles de colaboración, llegando a modelos contractuales reconocidos como propiamente colaborativos, que comprenden complejas estructuras de trabajo, adopción de decisiones y asunción de riesgos, beneficios y pérdidas de manera conjunta(6).

Conforme a ello, Franco señala que:

> La propuesta última del enfoque colaborativo es eliminar la fragmentación de los equipos que participan en un proyecto tanto como sea posible. Los esquemas más ambiciosos de colaboración plantean la estructura organizativa del proyecto de manera radicalmente distinta a lo que estamos acostumbrados. De hecho, la aplicación del enfoque colaborativo a cabalidad lleva a crear una organización virtual entre todos los equipos de proyecto, lo cual se distingue por ser una modalidad de contratación distinta a las otras usadas regularmente, como el método tradicional que separa el diseño y la construcción, la modalidad de diseño y construcción y la modalidad de administración o gerenciamiento (2020a, p. 184).

De acuerdo con el reporte Mckinsey, una de las claves para incrementar la productividad en el sector de la construcción se encuentra la colaboración. De acuerdo con este informe:

> Para permitir el éxito en cualquier tipo de acuerdo contractual, es esencial establecer un ambiente colaborativo y de confianza entre las partes. Esto puede ser logrado a través de una definición temprana y alineamiento al alcance del proyecto, una mejorada gestión de procesos y el incremento de la transparencia durante la vida del proyecto (2017, p. 71).

Además, añade este informe que resulta importante invertir tiempo y recursos para desarrollar el alcance del proyecto, dividiéndolo en paquetes de proyecto administrables; considerar prioritaria la integración y la administración de interfases, para lo cual es necesario que se realice la integración entre los diferentes actores del proyecto; asegurarse de que todos los agentes del proyecto se encuentren trabajando sobre una misma información integrada; aprendizaje y conocimiento mutuo.

En este informe también se señala que, para que la estructura del contrato promueva la colaboración, resulta necesario que los propietarios incluyan programas de incentivos en sus contratos o usen contratos más sofisticados que eviten el ambiente hostil propio del contrato de construcción, para ello.

Dentro de los PDS colaborativos, por ejemplo, se encuentra el *Integrated Project Delivey System*. De conformidad con Spittler y Nelson (2011), este Sistema:

> Ofrece resolver los defectos de los actuales PDS, mediante el uso de un proceso de diseño colaborativo y un entorno de construcción. Cada vez más propietarios están considerando al IPD como un PDS alternativo porque este propone una reducción de costos, mayor velocidad, una mayor responsabilidad por el desempeño y la sostenibilidad del proyecto. El eje alrededor del que gira el IPD son los procesos colaborativos. El IPD requiere que todos los participantes del proyecto colaboren durante la vida del proyecto para el beneficio del propio proyecto, a través de los retos e incertidumbres que suelen atravesar los procesos de construcción y diseño.

Sin ánimo de ahondar en los PDS colaborativo, tema amplio y en constante mejora y desarrollo, considero importante resaltar la necesidad de hacer esfuerzos normativos y culturales para promover el trabajo colaborativo, alineando los intereses de las partes que normalmente suelen estar contrapuestos.

Definitivamente, esta cultura colaborativa debe ir más allá que un deber genérico de colaboración o el reconocimiento del principio de buena fe. La normativa de obras debería recoger expresamente el enfoque colaborativo en cada uno de sus instituciones, dejando de incentivar el oportunismo y el conflicto.

Es importante destacar que, mediante Resolución Ministerial 141-2021-EF/54, el Ministerio de Economía y Finanzas pre publicó el Proyecto de nueva Ley de Contrataciones del Estado, en cuyo artículo 2 se recoge expresamente el Principio de Colaboración, según el cual "el actuar de todo aquel que participe en el proceso de contratación debe procurar (…) la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad que se persigue".

Este principio no resulta suficiente para incentivar una actuación colaborativa entre las partes de un contrato de obra pública, por lo que se requiere que este sea acompañado

(6) Por ejemplo, contratos FAC-1.

de disposiciones que realmente estimulen esta actuación en beneficio del proyecto, de manera tal que ambas partes perciban que están obteniendo una mejoría.

En este contexto, se han dado pasos importantes hacia la colaboración con la adopción del Plan BIM Nacional y la promoción de la Junta de Resolución de Disputas, pero existen otras herramientas que podrían ser estudiadas en la normativa de contrataciones del Estado, como el involucramiento temprano del contratista, la implementación de procedimientos que fomenten la colaboración de los proveedores como el diálogo competitivo, el reconocimiento de incentivos antes que castigos, la correcta asignación y administración de los riesgos, que podrían fomentar la colaboración.

7. Contratos Estándares Internacionales

De acuerdo con la primera disposición complementaria final del Decreto de Urgencia, los contratos estandarizados son: Formas contractuales estándar, guías, y otra documentación de uso general en el mercado de la construcción que utilizan terminología y condiciones expresadas de una manera simple y clara, las cuales son creadas y actualizadas por organizaciones internacionales especializadas, con la finalidad de que los modelos contractuales se encuentren acordes a las necesidades de la industria de la construcción.

Según los Lineamientos del Decreto de Urgencia, la aplicación de dichos contratos estandarizados en un PEIP permite contar con instrumentos técnicos y legales adecuados a la terminología de construcción y ejecución de inversiones bajo estándares de buenas prácticas internacionales. En ese sentido, dichos contratos consideran aspectos, características y terminología propia de una relación contractual para la construcción y ejecución de inversiones de niveles internacionales.

Además, señalan que estos contratos utilizan la terminología y condiciones expresadas de una manera simple y clara para que los modelos contractuales, el mecanismo de resolución de disputas, las responsabilidades y gestión de riesgos, entre otros necesarios para el ámbito de la construcción tengan un fácil entendimiento y aplicación en función al logro de objetivos.

Ahora bien, la Exposición de Motivos del DU 021-2020 recoge mis opiniones en un trabajo anterior, señalando que:

> En el ámbito de la construcción se han desarrollado diferentes modelos de contratos internacionales que simplifican la coordinación de las acciones entre las partes involucradas, disminuyendo significativamente la pérdida de recursos que implica la extensa negociación de todos los aspectos del contrato y permitiendo el impulso y dinámica del sector (2019, p. 115)

De acuerdo con Brekoulakis y Thomas:

> La globalización requiere la optimización en la asignación de recursos y la facilitación del comercio internacional. Los contratos estándares son usados en cada industria para ayudar en reducir costos. Los contratos estándar tienen una larga historia de uso en la industria de la construcción. Estos contratos ayudan a reducir los costos de transacción y brindan claridad y consistencia a las cláusulas (pp. 13-14).

Respecto de este fenómeno de proliferación de los contratos estándares en la industria de la construcción, Hernández Rodríguez señala que:

> La evolución y transformación experimentada en el ámbito de la construcción no ha contado (…) con el respaldo doctrinal ni legal que el fenómeno merece. De nuevo, como ya viniese sucediendo en otros sectores del tráfico mercantil internacional, también en éste, han sido los propios particulares, especialmente a través de las asociaciones de profesionales y otras organizaciones internacionales, los que haciendo uso de su poder autonormativo han ofrecido, mediante la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales, una regulación más acorde con sus propias necesidades y con las nuevas y peculiares características de los proyectos internacionales de construcción (2014, p. 162).

A su vez, Rodríguez Fernández ha señalado que:

> Los modelos contractuales estandarizados se presentan, asimismo, como un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería o construcción, pues se trata de uno de los sectores de la industria en que más se ha desarrollado la elaboración de contratos modelo. Ese proceso mediante el cual se utilizan los contratos modelo elaborados por diferentes instituciones de reconocida reputación en el ámbito internacional se ha complementado con un proceso de interpretación sistemática que de esos contratos ha seguido la jurisprudencia arbitral y en especial la proveniente de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitramento Internacional de Londres. De manera tal que la práctica internacional referida al uso de esos modelos se encuentra plenamente reforzada por los diferentes pronunciamientos que se han hecho vía interpretación de los referidos modelos, todo lo cual genera una mayor certeza respecto de la interpretación de un referido término contractual utilizado por las partes (2006, p. 9).

Como puede advertirse, a fin de hacer más eficiente la industria de la construcción y permitir la contratación transfronteriza, se vienen desarrollando diferentes contratos estándares internacionales que recogen las mejores prácticas internacionales de construcción. Estos contratos se encuentran en constante actualización para adaptarse a las innovaciones tecnológicas y procedimentales del sector construcción.

De acuerdo con Rameezdeen y Rodrigo (2005, pp. 31-40), los beneficios de usar contratos estándares internacionales en la industria de la construcción son los siguientes:

- Pueden ser usados para varios tipos de proyectos y requerimientos del cliente.
- Recogen prácticas de la industria y costumbres.
- Las partes se sienten cómodas con el hecho de que se trate de un modelo probado por un largo tiempo.
- Distribución de riesgos justa entre las partes.
- El precio del contrato suele ser menor dado que los contratistas no tienen que cotizar los riesgos adicionales asociados con la interpretación del contrato.
- Los costos de transacción en la negociación del contrato son reducidos.

Otro aspecto importante a destacar es que estos contratos son elaborados por expertos en el la industria de la construcción que entienden al contrato como un instrumento de gestión del proyecto, de alineamiento de incentivos y de administración de riesgos, antes que un conglomerado de complejas previsiones jurídicas.

Ahora bien, Chern señala que:

> Con el gran número de contratos estándar que existen, muchas veces las partes se atreven a modificarlos de manera incorrecta o incluso los llenan de manera incorrecta, llevándolos a resultados desastrosos durante el proceso constructivo. Las disputas pueden generarse por la inconsistencia en del contrato modificado, dado que las condiciones particulares introducidas crean problemas donde nunca debieron existir (2016, p. 35).

En efecto, como se indicó anteriormente, existen diferentes contratos estandarizados, aplicables a diferentes tipos de proyectos, por ello, la elección del modelo correcto es compleja si antes no se ha definido la estrategia de contratación y no se tienen claro los requerimientos del propietario.

En esta línea, el Reglamento del DU 021-2020 señala que la elección de los contratos estandarizados por parte del PEIP se define en función de los objetivos estratégicos y la naturaleza del proyecto de inversión.

Considero que el centro de atención no debe estar puesto en el empleo del contrato estándar, sino en la definición de una correcta estrategia de contratación, basada en un profundo análisis y correcto entendimiento de las necesidades del proyecto y de la Entidad.

Existen diferentes modelos contractuales estandarizados, muchos de ellos elaborados sobre sistemas jurídicos distintos al peruano. Ello, sin perjuicio de que las asociaciones internacionales que promueven los diferentes contratos estandarizados en muchos casos están esforzándose por universalizar cada vez más estos contratos.

En el sector público peruano se tiene experiencia desde hace varios años en el uso de contratos FIDIC, como es el caso del Proyecto Expo Dubai y se tiene previsto el uso de estos contratos en el marco de algunos contratos de Gobierno a Gobierno, como es el caso del Aeropuerto Internacional de Chinchero. Recientemente, también se está empleando contratos NEC 3 ECC Opción F, correspondientes al PDS de gerencia de proyectos al riesgo, en los Juegos Panamericanos y en la Reconstrucción con Cambios; asimismo, contratos NEC ECS Opción A para subcontratación en la Reconstrucción con Cambios y contrato NEC TSC para la gestión de sedes deportivas en el Proyecto Legado de los Juegos Panamericanos.

Cualquiera sea el modelo de contrato internacional elegido, aun cuando tengan probado éxito en otras latitudes, este probablemente fracasará si las partes no conocen su filosofía, no interiorizan sus mecanismos y no logran interpretarlo correctamente. Se deben tener equipos preparados para ejecutar estos contratos.

De nada sirve un contrato muy sofisticado si las partes que lo suscriben no lo entienden y no logran ejecutarlo debidamente. Carece de sentido obligarse a un texto contractual estandarizado que no se conoce y las partes no han revisado y comprendido los pactos a los que están arribando. Esta situación puede generar que finalmente el contrato no cumpla sus objetivos y no sea un instrumento eficiente de gestión, sino únicamente una fuente de disputas.

Los contratos estándares tienen una gestión de riesgos y un alineamiento de intereses definidos que permiten su funcionamiento. Las partes deben evitar en lo posible modificar sus principales cláusulas, pues pueden desnaturalizarlos y perjudicar su funcionamiento. Si se realizan cambios sin

entender la lógica de fondo de la estructura de estos contratos, se corren riesgos de generar diferentes tipos de controversias durante su ejecución o que se establezcan provisiones ineficientes o inequitativas.

Es común que las Entidades se sientan atraídas a modificar varias cláusulas de los contratos estándares para que estos calcen con los esquemas de la normativa de contratación pública peruana, normalmente para alterar la distribución de riesgos por el temor de que se cuestione que se ha favorecido al contratista. Para evitar ello, es importante que los funcionarios a cargo de la aprobación del desarrollo y aprobación del texto final del contrato se hayan capacitado en la filosofía y estructura de incentivos del contrato.

Otra dificultad para el empleo de estos contratos estándares es que varios de estos contratos no tienen una traducción oficial al español, por lo que las Entidades deberán realizar por sus propios medios, la traducción de estos contratos. En este proceso se puede alterar el sentido de algunas cláusulas, perjudicando el uso del modelo de contrato.

En suma, emplear contratos estándar que no se conocen puede presentar un alto riesgo. Previa a la adopción de este tipo de contratos se debe definir una estrategia de adiestramiento de los principales actores que intervendrán en su redacción, negociación y ejecución, incluyendo a los funcionarios del Sistema Nacional de Control.

En este escenario, considero relevante lo expuesto por Franco, cuando indica que:

> El uso de contratos estándares internacionales no debe ser visto como un punto esencial. Los contratos pueden ser siempre mejorados, pero un buen contrato será aquel que calce con la normativa local, sea claro e incorpore las lecciones aprendidas de proyectos anteriores. Los contratos estándar internacionales, en cambio, son por definición deslocalizados, redactados de manera que puedan ser usados en muchos países, muchos no tienen una traducción oficial al español o esta es deficiente y no considera las particularidades de la realidad nacional ni incorporan las lecciones aprendidas de proyecto a proyecto. (…) En tal sentido, sería más adecuado generar mejores modelos de contratos nacionales, inspirados en las buenas prácticas locales e internacionales, que creer que un contrato modelo internacional hará una gran diferencia. Adicionalmente, al igual que con las normas, sin dejar de lado la importancia de contar con un buen contrato, lo principal es que el equipo que lo aplica sea razonable, competente, capacitado, empoderado y comprometido (2020b, pp. 17-18).

En este sentido, de cara a futuras modificaciones normativas, debe efectuarse un profundo análisis de nuestro mercado de compras públicas nacional, nuestra industria de la construcción y las normas imperativas de nuestro sistema jurídico y, sobre la base de ello, determinar qué contratos estándares internacionales se adaptan a nuestra realidad o, mejor aún, sobre la base de la experiencia y la comprensión de las buena prácticas internacionales, desarrollar contratos modelo nacionales que brinden mayor claridad y eficiencia a la ejecución de las obras públicas.

8. Metodología colaborativa de modelamiento digital de información para la construcción (BIM)

El DU 021-2020 establece que los PEIP utilizan la metodología colaborativa de modelamiento digital de la información para la construcción (BIM). A su vez, los Lineamientos definen al BIM como la "metodología de trabajo colaborativo basada en la aplicación de un conjunto de procesos, tecnologías y estándares que permiten formular, diseñar, construir, operar y gestionar la información de una infraestructura o edificación de forma colaborativa, en un entorno común de datos".

Ahora bien, de acuerdo con Murguía:

> El BIM tiene aproximadamente 10 años en nuestra industria (…). El nicho de usuarios y empresas BIM en el mercado tienen experiencia en el uso de tecnologías y procesos de modelado y colaboración, sin embargo, estos están acotados a las etapas de diseño y construcción. Si se quiere avanzar como industria, se debe mirar hacia la integración de la información en entornos compartidos de datos en todo el ciclo de vida de los proyectos (2019, p. 20).

Conforme a ello, el BIM es una herramienta de trabajo colaborativo que se viene empleando en el sector privado y público en el Perú desde antes de los Juegos Panamericanos, pero que actualmente viene siendo impulsada por el Gobierno de manera progresiva para las obras públicas.

Así, el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado mediante el Decreto Supremo 237-2019-EF, establece que el Plan BIM es una de las medidas necesarias para dotar al país de una infraestructura económica y social de calidad. En este sentido, se busca que el BIM sea un mecanismo que se inserte en la ejecución de los diversos proyectos de infraestructura pública en el país.

Por su parte, la Décimo Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de

Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 082-2019-EF, ha previsto que mediante decreto supremo se establezcan los criterios para la incorporación progresiva de herramientas de modelamiento digital de la información para la ejecución de los proyectos de infraestructura pública.

A su vez, el Decreto Supremo 289-2019-EF estableció disposiciones para la incorporación progresiva del BIM en los procesos de inversión pública de las entidades y empresas públicas sujetas al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. En dicha norma se ha definido al BIM como el "conjunto de metodologías, tecnologías y estándares que permiten formular, diseñar, construir, operar y mantener una infraestructura pública de forma colaborativa en un espacio virtual".

En la misma línea, el Plan de implementación y Hoja de ruta del Plan BIM Perú, aprobado mediante Resolución Directoral 002-2021-EF63.01, señala que el BIM no implica solo el uso de herramientas tecnológicas, sino que debe ser entendido como un conjunto de actividades colaborativas basadas en estándares que utilizan herramientas digitales para gestionar la información de una inversión.

Ahora bien, entre los beneficios de implementar el BIM se encuentra la digitalización de toda la información correspondiente a un determinado proyecto, garantizando la transparencia y trazabilidad. Asimismo, la integración en un único modelo de toda esta información, de manera tal que permita tener una visión completa del mismo para detectar oportunamente riesgos y adoptar decisiones. De igual forma, este entorno colaborativo genera la mejora de la calidad y eficiencia de las obras.

Aguilera y Segura señalan que el BIM:

> Permite una mejor identificación de los requerimientos del contratante o del alcance de la infraestructura a desarrollar y, por ende, una adecuada estimación del presupuesto y plazo requeridos para su ejecución, además permite identificar, prevenir y solucionar tempranamente conflictos o diferencias de carácter técnico (2019).

En el mismo sentido, Salvatierra (2020) señala que el "BIM ayuda a reducir el costo y la duración final del proyecto, así como a minimizar las interferencias y errores de información en la etapa de construcción".

A su vez, Giana y Vornicu (2020), señalan que:

> Aprovechar al máximo la metodología BIM implica procesos de construcción que cambian de un enfoque tradicional a enfoques de datos integrados. Sin embargo, para que los procesos digitales funcionen a máxima capacidad, requieren una reducción de la fragmentación horizontal y un mayor involucramiento de la cadena de suministro.
>
> Como vemos, se está desarrollando un marco normativo que sienta las bases para la aplicación del BIM en las obras públicas de manera progresiva. Para ello, se requiere generar competencias en los funcionarios públicos en el empleo de esta herramienta de trabajo colaborativo. Este entrenamiento no solo debe incluir aspectos técnicos, pues el BIM no se resume en el uso de un software, sino el aprendizaje de la metodología de trabajo colaborativo.
>
> Esta implementación progresiva se puede dar escogiendo determinadas Entidades que sirvan como piloto. Los PEIP, por la forma en la que están estructurados, su flexibilidad y las herramientas que integran el modelo de ejecución de inversiones, servirán como "laboratorios" para poner a prueba la normativa BIM en el Perú y recoger información que permita la mejora de la misma (pp. 114-115).

9. Los Contratos entre Estados o Contratos de Gobierno a Gobierno

De acuerdo con la Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto de Urgencia 021-2020, las Entidades del Gobierno Nacional que soliciten autorización para crear un PEIP pueden aplicar, a través del PEIP, el mecanismo de Contrato de Estado a Estado o de Gobierno a Gobierno.

La citada disposición agrega que el contrato entre Estados, "puede incluir la Asistencia Técnica Especializada en la Gestión de inversiones para la gestión y ejecución de las inversiones, la Metodología colaborativa de modelamiento digital de información para la construcción (BIM) y otras metodologías, y los Contratos estandarizados (…)".

Por su parte, la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 179-2020-EF señala que resulta necesario que las Entidades que crean los PEIP "cuenten con mecanismos de contrataciones idóneos y compatibles con el modelo de ejecución de inversiones públicas como lo son los Contratos de Estado a Estado, para el cumplimiento de sus fines, metas y objetivos, que permitan la efectiva y oportuna satisfacción de las necesidades de su población objetivo. Teniendo en cuenta las características de las inversiones a ser ejecutadas por los PEIP son de gran envergadura, con el mecanismo de contratación de estado a estado también se puede realizar contrataciones estratégicas y

planificadas, aprovechando la experiencia de otros Estados, debiendo enfocarse a ejecutar las inversiones y el gasto asignado para contrataciones en los plazos previstos, para satisfacer las necesidades de la población y los requerimientos para la competitividad del país."

En trabajos anteriores me he dedicado a los contratos entre Estados, así como a la forma en que estos se desarrollaron en los Juegos Panamericanos y ejecutaron los procesos de procura internacional(7), por lo que en este punto únicamente me detendré sobre los puntos esenciales para el objetivo del presente artículo.

La modalidad de contratación entre Estados es un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Se caracteriza por el hecho de que un Estado contrata bienes, servicios u obras que serán prestados por otro Estado conforme a los mecanismos y condiciones pactadas entre estos.

Debe ponerse en relevancia en el carácter contractual que la LCE da a esta modalidad, al margen de la denominación que se le asigne al documento en que se plasma: contrato, convenio, entendimiento, etc. Es este el motivo por el que se prevé expresamente como un "supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado", pues, siendo un contrato celebrado por una Entidad para abastecerse de bienes, servicios u obras, con cargo a fondos públicos, sus particulares características han justificado que el legislador exonere a estos contratos de la aplicación de la ley de contrataciones del Estado.

Adicionalmente, podemos resaltar que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1444 desarrolla las ventajas de la contratación entre Estados, señalando que constituye un mecanismo efectivo para reducir el riesgo de incumplimiento, puesto que el Estado contratante no querrá ver comprometido su prestigio ni resquebrajar las relaciones comerciales y diplomáticas con el Perú. Asimismo, señala que mediante este mecanismo se elimina el riesgo de contratar con un proveedor internacional desconocido, pues el Estado extranjero debe evaluar previamente a los contratistas que ejecuten las prestaciones en su representación, empleando mecanismos tales como la revisión de su contabilidad, análisis de riesgos presentes y futuros, calculando el valor actual de dicha empresa, lo que le permite excluir a los proveedores con mayor riesgo y garantiza la idoneidad del proveedor.

Otro beneficio de esta modalidad es que la negociación de estos contratos abre un espacio para que los proveedores realicen mejoras a su propuesta, teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia sobre el objeto de la contratación, lo que evidentemente resulta en mayores beneficios para el país. Además, debido a que la negociación y selección de los proveedores estará a cargo del Estado extranjero, el Estado peruano reduce la cantidad de horas hombre para la selección.

Asimismo, la citada disposición establece las formalidades que deben seguirse previamente para celebrar un contrato entre Estados. La contratación debe ser autorizada por Decreto Supremo refrendado por el titular del sector correspondiente, declarando de interés nacional el objeto de la contratación. Para estos efectos, se debe cumplir con las siguientes condiciones:

a) Indagación de mercado que permita identificar a los Estados que puedan cumplir con el requerimiento del Estado Peruano.
b) Informe técnico-económico que compare las condiciones ofrecidas por los Estados interesados y evidencie las ventajas para el Estado peruano de contratar con otro Estado.
c) Informe de la oficina de presupuesto del sector correspondiente que señale que se cuenta con el financiamiento necesario para dicha contratación, salvo que se requiera concertar una operación de endeudamiento, en cuyo caso, la misma debe estar contemplada en el Programa Anual de Endeudamiento del año respectivo.
d) Declaratoria de viabilidad y/o aprobación en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, cuando corresponda.

Ahora bien, la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado también establece que los contratos que se celebren pueden incluir cláusulas referidas a un plan de transferencia de conocimientos, plan de legado, implementación de una oficina de gestión de proyectos (PMO, por

(7) *Véase*, por ejemplo, Medina, J. C. (2019). Contratación Pública y la Experiencia de los Juegos Panamericanos. El modelo de gestión que promueve el gobierno. *Revista de Derecho Administrativo, 18*, 113-142.http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22859.

sus siglas en inglés) y la obligación de remitir la documentación sobre la ejecución del contrato por parte del otro Estado al OSCE y el Sistema Nacional de Control, cuando estos lo soliciten.

La tendencia a celebrar contratos entre Estados está creciendo. Se han celebrado contratos entre Estados para la prestación de asistencia técnica en gestión de inversiones para la ejecución del Hospital Lorena y Sergio Bernales (Francia), los Juegos Panamericanos (Reino Unido), Reconstrucción con Cambios (Reino Unido), Aeropuerto Internacional de Chinchero (Corea del Sur) y la Carretera Central (Francia). Asimismo, se tiene previsto celebrar más contratos entre Estados para la ejecución de otros proyectos públicos, como es el caso de las Líneas 3 y 4 del Metro de Lima.

Como puede advertirse, este mecanismo excepcional de contratación viene siendo empleado con particular regularidad para la ejecución de importantes proyectos públicos, utilizando el modelo de asistencia técnica en gestión de inversiones (aunque no es el único modelo posible, pues este tipo de contratos pueden tener cualquier tipo de objeto contractual, ya sean bienes, servicios u obras).

Considero que los PEIP, conforme se adquiera experiencia nacional, deben evitar emplear la figura de los contratos entre Estados y, en cambio, emplear con sus propios recursos y personal el modelo de ejecución de inversiones. Los PEIP deben servir para poner a prueba las mejores herramientas y prácticas internacionales en gestión de proyectos, sin necesidad de acudir a otros Estados.

10. Conclusiones y Recomendaciones

El Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas usado por los PEIP tiene diversas herramientas y facilidades que deben ser bien analizadas para su posible incorporación en la normativa de contrataciones del Estado o la mejora de la regulación de algunas figuras ya previstas.

De esta manera, al evaluar la mejora normativa de contrataciones del Estado recogiendo las experiencias recogidas en los últimos grandes proyectos públicos y la normativa especial (Contratos entre Estados y PEIP), se debe considerar la articulación de diferentes mecanismos que promuevan la eficiente gestión de las obras, tales como la implementación de una estructura que permita gestionar eficientemente el proyecto y la adopción de decisiones ágiles (como las PMO o las Junta de Cambios), herramientas que promuevan el trabajo colaborativo (como el BIM) y la definición de una correcta estrategia de contratación que permita trazar la ruta a seguir durante todo el proceso de contratación, sobre la base de la naturaleza y características del proyecto, la Entidad y el mercado.

Un concepto de fondo que subyace a varias de las herramientas del Modelo de Gestión de Inversiones Públicas es la colaboración, ya sea dentro de la misma Entidad, mediante la Junta de Cambios y las PMO, como con otros actores del proyecto, mediante el BIM y la elección de contratos estándares apropiados. Con la implementación de mecanismos que promuevan la colaboración se reducirá la litigiosidad, el ocultamiento de información y la cultura de culpar al otro.

De otro lado, resulta importante que se comparta la información de los contratos entre Estados. Se suelen crean regulaciones sobre la base del anunciado éxito de estos proyectos, pero no se ha plasmado cómo se ha logrado este éxito, qué retos se afrontaron, qué dificultades se superaron, qué oportunidades de mejora existen, en qué costos -de manera pormenorizada- se incurrieron, entre otros aspectos. Esta información detallada es muy necesaria si se piensan replicar los modelos empleados en estos contratos entre Estados. De otro modo, podríamos estar repitiendo errores o perdiendo la oportunidad de plantear mejoras, únicamente por no tener información completa. Se debe regular sobre evidencias claras.

Sin perjuicio de ello, creo que es importante rescatar las mejores prácticas empleadas en estos contratos y desarrollar capacidades en los funcionarios públicos, de manera tal que cada vez acudamos menos a los contratos entre Estados.

Finalmente, antes que centrarnos en adoptar algún contrato estándar internacional en específico como solución a todos los problemas de la obra pública, debemos conocer nuestro sistema, las prácticas de nuestro mercado, el nivel de madurez de las empresas de la industria de la construcción, las experiencias previas, entre otros aspectos, para poder decidir el contrato que más se adapte a cada obra, el que incluso podría ser un propio modelo peruano.

En efecto, los contratos estándares de construcción por sí solos no aseguran el éxito de un proyecto, por el contrario, un contrato que no se entiende y cuya filosofía no ha sido interiorizada por las partes puede ser fuente

de constantes conflictos y trabar la ejecución del proyecto. Un contrato debe reducir costos de transacción, lo que no se logra cuando las partes han empleado un modelo de reconocido éxito internacional, pero que no saben cómo usarlo ni interpretarlo.

Antes que ello, la norma debe tener la flexibilidad necesaria para permitir que el funcionario público evalúe y decida la mejor estrategia de contratación para el proyecto. Ello implica elegir el PDS adecuado, el contrato que se adecúe a sus necesidades, decidir la estrategia de empaquetamiento, asignar correctamente los riesgos, entre otros aspectos. En este escenario, puede evaluarse incorporar nuevos PDS en la normativa de contrataciones del Estado, para que el funcionario público tenga mayores opciones para llevar a cabo el proyecto de manera eficiente.

Referencias bibliográficas

Aguilera, Z. & Segura, R. (2019, 14 de octubre). El Estado inicia acciones para la implementación del BIM en el desarrollo de proyectos de infraestructura. *APA Blog Style.* http://blogs.gestion.pe/agenda-legal/2019/10/el-estado-inicia-acciones-para-la-implementacion-del-bim-en-el-desarrollo-de-proyectos-de-infraestructura.html

Block, K. & Curran, L. (2010, 29 de septiembre). Liability of Construction Managers: Look to the Contract. *New York Law Journal, 244*(63). https://sprlaw.com/wp-content/uploads/2012/09/Liability-of-Construction-Managers.pdf

Brekoulakis, S. & Thomas, B. (2019). *The Gide to Construction Arbitration* (3ª ed.). Law Business Research Ltd.

Chern, C. (2016). *The Law of Construction Disputes.* Informa Law (Second Edition). Editorial New York.

Franco, E. (2015). *Arbitraje de construcción: aspectos de las distintas modalidades de contrato de construcción* (2ª ed.). Young Arbitration Review.

Franco, E. (2020a). La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. *Derecho & Sociedad*, *55*, 175-195. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23241

Franco, E. (2020b). ¿Cuál es la clave para incrementar la capacidad y la calidad del gasto en la inversión pública? *Revista Negocios Internacionales, 24, 269.*

García, L. (2020). *El contrato de Construcción Privado: Consecuencias jurídicas de la elección del Project delivery system*. Editorial UPC.

Giana, P. & Vornicu, R. (2020). The use of FAC-1 as a contractual integrator enhancing the use of BIM: a focus on the Liscate school in Italy. *Derecho & Sociedad*, *55*, 113-123. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23237/22226

Gobierno del Perú. (2019). Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/planes/PNIC_2019.pdf

Hernández, A. (2014). Los contratos internacionales de construcción "llave en mano". *Cuadernos de Derecho Transnacional, 6*(1), *161-235.*

Latham, M. (1994). *Constructing the team. Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in the UK Construction Industry.* HMSO.

Leee, L. (2015). *International Construction Law*. Editorial Willey Blackwell.

Lledó, P. (2017). *Director de Proyectos* (6.ª ed.). Editorial USA.

Mckinsey Global Institute. (2017). Reinventing Construction: A route to higher productivity. *McKinsey & Company.*

Medina, J. C. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *IUS ET VERITAS*, *58,* 110-127. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006

Ministerio de Economía y Finanzas. (2021, 30 de abril). Resolución Ministerial 141-2021-EF/54. *Disponen la publicación del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado en el portal institucional del Ministerio*. https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/disponen-la-publicacion-del-proyecto-de-ley-de-contratacione-resolucion-ministerial-n-141-2021-ef54-1949114-1/

Murguía, D. (2019). *Estudio de Macro Adopción BIM en Perú 2019*. Departamento de Ingeniería, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Presidencia de la República. (2020, 23 de enero). Decreto de Urgencia 021-2020. *Decreto de Urgencia que establece el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de proyectos especiales de inversión pública*. https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-el-modelo-de-ejecucion-de-decreto-de-urgencia-n-021-2020-1848882-5/

Presidencia de la República. (2020, 22 de mayo). Decreto Supremo 119-2020-EF. *Aprueban Reglamento de Proyectos Especiales de Inversión Pública en el marco del Decreto de Urgencia N° 021-2020, Decreto de Urgencia que establece el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de proyectos especiales de inversión pública y dicta otras disposiciones*. https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-proyectos-especiales-de-inversion-pub-decreto-supremo-n-119-2020-ef-1866706-2/

Project Management Institute. (2017). *Project Management Body of Knowledge* (6.ª ed.). Project Management Institute.

Project Management Institute. (2011). *Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (guía PMBOK)* (5.ª ed.). Project Management Institute, Inc.

Rameezdeen, R. & Rodrigo, A. (2005). Modification to standard forms of contract: the impact on readability. *Austrasian Journal of Construction Economics and Building, 14*(2), 31-40. https://doi.org/10.5130/AJCEB.v14i2.3778

Rodríguez, M. (2006). El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. *Revista Mercatoria, 5*(1), 1-29.

Salvatierra, J. L. (2020, 6 de marzo). *¿BIM sin Lean? APA Blog Style.* https://negocioyconstruccion.cl/bim-sin-lean/.

Spittler, J. & Nelson, E. (2011). *Where is Project Delivery Headed?* AACE International Transactions.

The Construction Management Association of America. (2012). *An Owner's Guide to Project Delivery Methods.* Advancing Professional Construction and Program Management Worldwide.

Valdés, J. (2008, 13 de agosto). La PMO ágil: un enfoque súper rápido para crear una PMO efective para su organización. *APA Style Blog*. https://www.pmi.org/learning/library/agile-project-management-office-expectations-7069.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.008

Colaboración público-privada y transferencia de riesgos(*)

Public-private collaboration and risk transfer

Julio González García(**)
Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España)

Resumen: El estudio analiza las consecuencias que tiene la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria sobre el clausulado de los mecanismos de colaboración público-privada. En particular, cómo configurar un adecuado reparto de riesgos y especialmente cómo se estructuran los apoyos públicos puede determinar que compute como déficit público a los efectos de la doctrina de Eurostat sobre el SEC 95.

Palabras clave: Estabilidad presupuestaria - Colaboración público-privada - SEC 2010 - Eurostat

Abstract: The study analyses the implications of implementing the principle of budgetary stability on the clauseing of public-private partnership mechanisms. In particular, how to set up adequate risk-sharing and especially how public supports are structured can determine that compute as a public deficit for the purposes of Eurostat's SEC 95 doctrine.

Keywords: Budgetary Stability - Public-Private Partnership - SEC 2010 - Eurostat

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 29 de enero de 2021 y su publicación fue aprobada el 29 de marzo de 2021.

(**) Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid y Director del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4246-1326. Correo electrónico: juliogonzalezgarcia@me.com.

1. Consideraciones generales

La construcción de infraestructuras públicas es fuente en este momento de una tensión importante entre la situación financiera de las Administraciones públicas y una reclamación constante por parte de la ciudadanía. No es un problema que derive sólo de la crisis económica que se inició en 2008 como consecuencia de las hipotecas *subprime* en los Estados Unidos de América, ni siquiera de la crisis provocada por la pandemia del COVID-19, sino que, aunque con mucha menor virulencia, se remonta a algunos años antes, concretamente a la aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo celebrado en Amsterdam el 17 de junio de 1997. Este pacto fue un instrumento clave para el establecimiento del euro como moneda común, y exigió la adopción de determinadas medidas de contención austeridad económica pública, a fin de garantizar una solvencia suficiente de la economía europea, que pudiera permitir el establecimiento de una moneda única.

Esta conveniencia de que se adopten medidas de rigor presupuestario están recogidas en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[(1)], que dispone sucintamente que "los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos".

Dentro de las partidas que tienen más impacto en el déficit público, la construcción de infraestructuras es una de las primordiales. Los instrumentos de medición de la situación económica de los entes públicos europeos, desarrollados por Eurostat -Oficina Estadística de la Comisión Europea-[(2)], afectan muy relevantemente a la política de infraestructuras de los entes públicos, condicionando las que se pueden llevar a cabo, moralizando las formas de ejecución, de manera que se puede señalar que el auge y la desaparición de algunas modalidades deriva directamente de la aplicación de los criterios de Eurostat sobre el déficit público. Así, por ejemplo, el auge y caída del denominado *modelo alemán* de ejecución de obras -esto es, el contrato con abono total del precio- es consecuencia directa de la variación en los criterios contables sobre el déficit público del Estado que lo utilice.

La propia utilización de los modelos de colaboración público-privada es también consecuencia de cómo se trata contablemente a los efectos del déficit público la estructuración de los riesgos que están en el contrato, mediante la modificación de la prestación característica del contrato y, al mismo tiempo, una transferencia suficiente de los riesgos al socio privado. Usualmente, la modificación en la mayor parte de los casos de la prestación característica que deja de ser construcción de bienes, pasando a ser prestación de servicios es lo que permite fomentar la adopción de estas modalidades de provisión de infraestructuras, a pesar de que son mucho más complejas de llevarlas a la práctica.

La coyuntura es especialmente compleja. Pese al volumen de déficit público -que impide asumir nuevas obligaciones de gasto- es, sin embargo, necesario mantener un cierto nivel de construcción de obra pública para satisfacer necesidades públicas y por el efecto sobre el empleo. La pandemia del COVID19 ha hecho crecer las necesidades de actuación pública y los planes europeos y nacionales se vertebran sobre los procedimientos de colaboración público-privada.

2. La colaboración público-privada como género y como especie

El contexto que se ha descrito en el epígrafe anterior ha motivado una diversificación de las formas de provisión de infraestructuras[(3)] y, especialmente, un impulso considerable a las formas de colaboración público-privada. Realmente, cuando se hace referencia a ella, se está planteando un abanico de posibilidades que en unos casos hacen referencia a modalidades diferentes de actuación por parte de los entes públicos. Esta es una constante en el derecho europeo desde hace años.

(1) Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea.

(2) El documento fundamental publicado por Eurostat está constituido por el Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública.

(3) *Véase* la obra colectiva coordinada por Ruiz Ojeda, llamada "La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas". También la obra colectiva dirigida por Romero Álvarez titulada "Nuevas formas de financiación de proyectos públicos"; así como la de Ariño & Almoguera, "Nuevo Derecho de las infraestructuras", o Valcárcel Fernández en "Ejecución y financiación de obra pública". Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa, Herranz Embid, "Régimen general de las obras públicas", en la obra colectiva dirigida por González García, "Derecho de los bienes públicos", más sucintamente "Construcción, gestión y financiación de infraestructuras de interés general", en la obra colectiva dirigida por González García, llamada "Diccionario de Derecho de obras públicas y bienes públicos".

Así, en el Libro verde sobre contratación pública se señala que el concepto de colaboración público-privada "en general se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio" (Comisión Europea, 2004, p. 3). En los documentos comunitarios se acostumbra a realizar una primera diferenciación entre las modalidades institucionales -que son las que dan nacimiento a un ente diferente- de las modalidades meramente contractuales.

Pero incluso dentro de estas últimas, no hay un único procedimiento que condense todas las modalidades de colaboración público-privada(4). Desde la estructurada concesión de obra pública a las modalidades atípicas, más propias realmente de colaboraciones público privada y que se recuerdan el título de aquella novela de Julio Cortázar, dado que se trata de efectivos "modelos para armar" (González, 2006, p. 22). Porque realmente lo que caracteriza como modalidad específica a estas formas de provisión de infraestructuras es su carácter atípico, funcional, constituyendo un género amplio de técnicas que están a disposición de contratista y Administración Pública (Villar, 2007, pp. 164 y ss.; Míguez, 2008, pp. 164 y ss.). De forma muy expresiva, Dipace ha señalado en Italia que con ello lo que se hace es "introducir el caballo de Troya de la atipicidad contractual en la ciudadela de la actividad contractual de los entes públicos" (Dipace, 2006, p. 15).

Realmente, cuando se introdujo un nuevo contrato típico en la Ley de Contratos del Sector Público, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado(5), se estaba proporcionando una regulación básica para una forma de relación entre administración y contratista en la que la atipicidad, su flexibilidad, es precisamente su característica más relevante. Y, de hecho, como se puede apreciar de la regulación los contenidos imperativos no constituyen el núcleo básico de la regulación, sino que esta está constituida por una guía de elementos, para que las partes lo articulen de la mejor forma posible.

En esta línea, llama la atención que sea posiblemente el punto más relevante desde una perspectiva pública, el que motiva que se recurra a estos procedimientos, el efecto sobre el déficit no ha merecido ni siquiera un informe con ocasión de uno de los Reales Decretos Ley promulgados con medidas anticrisis. En todo caso, la promulgación de esta disposición en modo alguno impide que formas más atípicas, vinculadas a la gestión patrimonial, sigan resultando de aplicación; tal como se verá con posterioridad.

Pero si caracteriza algo la colaboración público-privada es su atipicidad. No hay en el ordenamiento español ningún contrato en la Ley de Contratos del Sector Público que tenga esta modalidad. Tampoco existe en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Pero, sin embargo, se siguen utilizando recogiendo los principios de libertad de pactos que se contemplan en el ordenamiento administrativo. Hoy, como señalé en otra ocasión, hay colaboración público-privada más allá de la Ley de Contratos del Sector Público(6).

3. Los riesgos del uso de la colaboración público-privada

En la resolución de las situaciones de crisis, el recurso de los gobernantes a fórmulas de Colaboración Público-Privada (se suele poner

(4) De hecho, bien podría señalarse que, en función de esta definición, hay diversas realidades detrás de la colaboración público-privada: (i) Por un lado, como mecanismo de financiación privada de construcción de obra pública, básicamente como el mecanismo por el cual los poderes públicos buscan el ahorro privado el cual se canaliza a través de cualquier tipo de instrumento ya sea éste créditos, emisiones de deuda, que son pagados por la Administración generadora del mismo; (ii) en segundo lugar, se puede estar haciendo referencia a que el gobierno busca financiación para compartir con el sector privado el riesgo de la inversión, lo cual nos lleva a que hay participación privada no sólo en la financiación sino también en la retribución y (iii) hay ocasiones en las cuales los poderes públicos buscan la participación privada a través de la construcción de las infraestructuras que son retribuidas por su utilización o disponibilidad de la misma, lo que hace que la financiación sea privada y la retribución en principio también. Un desarrollo de estas cuestiones puede verse en Juan Lozano y Rodríguez Márquez en su obra "La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos (una aproximación desde los principios jurídico-financieros)".

(5) La inclusión de este precepto ha motivado el interés de los autores. Así, *véase* Chinchilla, C. (2006). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Revista Española de Derecho Administrativo, 132*, 609 y ss.; García-Capdepón, P. (2005). El contrato de colaboración público-privado. *Revista de la Función Consultiva*, *3*, 89 y ss. Y González, J. (2006). El contrato de colaboración público-privado. *Revista de Administración Pública, 170*, 7 y ss. Un recordatorio de algunos supuestos de colaboración público privada en el ámbito local los postula Arimany en "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructura y equipamiento local".

(6) Colaboración público-privada, más allá de la Ley de contratos del Sector Público, en https://www.globalpoliticsandlaw.com/colaboracion-publico-privada-lcsp/.

de moda. En principio, la idea puede no ser vista con malos ojos. Un particular asume el coste de construir la infraestructura y el riesgo de su explotación económica, se paga en función del uso y volverá a manos públicas al final de plazo estipulado en el contrato. Esta es la teoría.

Los modelos de colaboración público-privada no suelen ser operaciones simples. A partir de aquí comienzan los problemas, y, por ello, resulta imprescindible analizar muy cuidadosamente tanto el realizar una operación con esta fórmula jurídica como el articulado del contrato. La experiencia nos ha proporcionado demasiados ejemplos negativos, tanto por el coste, como por la mala calidad del servicio, por el deficiente control democrático y de ejecución e incluso por los efectos en clave de contabilidad nacional.

De hecho, el paso inicial, determinar que una prestación se realiza a través de una fórmula de PPP no suele venir precedida de un instrumento al que se recurre en otros países y que sirve para concretar sus ventajas para cada proyecto. Este estudio, que se denomina *Public Sector Comparator*, exige que se examine si la utilización de estos mecanismos aporta alguna ventaja añadida sobre lo que se podría obtener a través de su ejecución por parte del poder público a través de otros procedimientos. Con este instrumento lo que se debe extraer es el *value for money* que debe ser característico de los CPP. Si no se obtiene, hay medios más económicos y sencillos, entre ellos, el puro contrato de obras. Un dato esencial que se indica es que hay cierta ansiedad y poca reflexión a la hora de abordar los CPP.

Pero, a partir de este momento, los siete riesgos que pueden provocar los PPP se podrían estructurar del siguiente modo:

a) El riesgo del apoyo público y la dificultad del reintegro. Usualmente las operaciones de PPP tienen fórmulas de apoyo público tanto en los procesos de construcción de la infraestructura como en los de su explotación. En otro lugar, he relatado como este apoyo puede ser superior al dinero aportado por el concesionario con lo que el principio de que la mayor parte del riesgo de construcción y de explotación debe tenerlo el contratista no se da. Da igual la fórmula: si el Estado garantiza, como suele hacer, paga. Da igual si otorgó seguros de cambio y avales, rescató concesionarias en quiebra, confirió privilegios fiscales, entre otras cosas. Siempre paga… más.

b) El riesgo del rescate público. Una obra pública mal planificada, con un coste excesivo o con una inidónea asunción de riesgos por el contratista provoca que la entidad concesionaria entre en quiebra. El rescate de las autopistas de peaje españolas es un buen ejemplo que, además, se ha repetido en el tiempo. Aquí lo paradójico es que el Estado saldrá en su rescate con lo que no sólo perderá el reembolso del apoyo prestado, sino que deberá hacerlo con las entidades financiadoras.

c) El riesgo del espejismo contable. En ocasiones, por impulso de Eurostat, las operaciones de PPP se han realizado con el objetivo de tener infraestructuras que no computen como deuda pública ni como déficit público, aunque hay que pagarlas. Eurostat fue muy expresivo sobre cómo evitar el coste en déficit y deuda de una infraestructura a través de un manual que estaba hecho pensando en la contabilidad de diseño para las operaciones de PPP. En la actualidad las cuentas públicas están llenas de este tipo de activos tóxicos, además se han hecho a muchos años vista.

d) El riesgo del mayor coste. Una operación de PPP, sea de la naturaleza que sea, resulta más cara que su realización a través de otros procedimientos. Hay dos razones que lo explican: el mayor tipo de interés que tienen que soportar las entidades privadas por comparación al Estado que nunca quiebra y, en segundo lugar, el beneficio industrial. Estamos hablando de un mayor coste que puede rondar el 25%.

   Es un elemento denunciado por el Tribunal de Cuentas europeo en su informe de 2018 “Asociaciones Público-privadas en la Unión Europea: deficiencias generalizadas y beneficios limitados”. Un sobrecoste, manifestado esencialmente en “los modificados”, esa gran lacra que hay en los proyectos de obra pública y que, en muchos casos, es consecuencia de una mala adjudicación de la obra por una rebaja de propuesta que impide la ejecución de la obra de una forma adecuada (y, que, además, puede ser una vía para la corrupción). Lo que no impidió, además, los retrasos en las obras.

   Además, estos incrementos de costes de los proyectos suelen ser asumidos por el sector público, dado que el socio privado no suele asumir los riesgos económicos de los fallos de ejecución del proyecto. En España somos especialistas en el rescate de las autopistas de peaje, en una manifestación de la mala planificación de las obras y de que el socio privado no

acaba asumiendo los riesgos económicos del proyecto, que recaen en manos públicas.

e) El riesgo de la Administración pública inadecuada. En el caso de nuestro país, carecemos en muchas ocasiones de un entramado institucional adecuado para la ejecución de los CPP. Un contrato de estas características precisa un conjunto de personas especialmente preparada, con experiencia en la materia, que permita extraer las consecuencias positivas de estos contratos. No nos podíamos beneficiar de cláusulas modelo, ni de orientación general ni nada parecido. El riesgo de que la Administración esté mal defendida en la planificación y gestión de los CPP es una realidad. Pero, esto también ocurre en el momento de la ejecución. Un PPP sin una Administración que controle al concesionario es un PPP ineficaz que regala dinero público. Los PPP requieren exhaustivos controles de calidad para determinar cuánto hay que pagar al contratista y para determinar el grado de satisfacción de los ciudadanos con los servicios. El contrato tiene que estar estructurado de este modo para garantizar el *value for money* tan típico de los PPP. Pero el papel de la Administración que está vigilante del contratista no termina aquí: cumple una función esencial para la determinación de cuáles son las necesidades básicas de la ciudadanía, lo que servirá para estructurar ulteriores contratos de forma adecuada.

f) El riesgo de la atipicidad legal. Las PPP son la consecuencia de que, en palabras de la Unión Europea, "son necesarias nuevas ideas, cláusulas innovadoras, así como la superación del concepto tradicional de "público" con el fin de fomentar esta tendencia a nivel comunitario". Constituyen un mecanismo abierto para que, en función de las necesidades públicas y las posibilidades de satisfacerlas por parte de los particulares, se organice una relación contractual compleja, de difícil control democrático. Y con ello aparece el riesgo para lo público.

g) El riesgo del contrato a largo plazo y las dificultades de reinternalización. No podemos olvidar un dato complementario: en los proyectos a largo plazo -que constituye una característica del modelo- hay un momento en el que el licitador deja de tener interés en su mantenimiento con el mismo nivel de calidad. La razón es bien sencilla: es posible no vaya a rentabilizar la inversión. La ausencia de unidades de seguimiento del proyecto contribuye a que su ejecución resulte, en consecuencia, manifiestamente mejorable.

4. El riesgo como elemento esencial de la valoración jurídica de los medios de construcción de infraestructuras

El análisis jurídico de la naturaleza real de las formas de provisión de infraestructuras públicas depende en buena medida de la gestión del riesgo inherente a la construcción de la infraestructura. Ha de tenerse en cuenta que las restricciones en cuanto al déficit público han motivado por parte de las Administraciones públicas que se realicen operaciones de cierta ingeniería jurídico-financiera con la finalidad de que determinadas operaciones no computen a los efectos del déficit. Por otra parte, es ya tradicional la preocupación de la Comisión Europea por la alteración de la relación entre el clausulado de los contratos y la modalidad contractual elegida por parte de la Administración pública(7). Esta inquietud se proyecta habitualmente sobre la gestión del riesgo económico de la operación de construcción de infraestructuras, en la medida en que modalidades de colaboración público-privada que se analizan con cierto detenimiento acaban resultando meros contratos de obra con diferimientos en el pago.

El problema del reparto de riesgos es complejo, con esta y con casi cualquier normativa(8); ya que afecta a numerosos

(7) De acuerdo con lo señalado con la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02 "si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión".

(8) Recordemos cómo con la legislación anterior había voces muy cualificadas que señalaban, que esa asunción del riesgo en proporción sustancial por el concesionario "no se refleja en el articulado de la ley, relativo a la concesión de obra públicas, incorporado a la LCAP. Y tampoco se refleja en el articulado la afirmación de la E. M. de que la Ley responde sin ambigüedades a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02". Gómez-Ferrer, R. (2003). El contrato de concesión de obras públicas. En R. Gómez-Ferrer (ed.), *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas* (2ª ed., p. 1103). Tirant Lo Blanch.

factores que tienen un grado distinto de previsibilidad. Por un lado, hay que mantener el principio recogido en la LCSP de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista y que, al mismo tiempo, se incentiven desde las Administraciones Públicas estas modalidades de construcción de infraestructuras, en las cuales la extensión temporal prolongada acostumbra a ser una característica a la par que un elemento que complica el análisis de riesgos. De hecho, hemos de recordar que la modalidad contractual en la que dispone de menor intensidad este principio es precisamente en una de las modalidades de colaboración público privada, de acuerdo con lo señalado en el artículo 197 la LCSP: "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado".

En todo caso, en el horizonte de la ejecución de un contrato de CPP no podemos olvidar que el principio que hay que satisfacer es este de la ejecución a riesgo y ventura del contratista.

En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que ocurre en Francia(9), no está delimitado el porcentaje de participación pública en apoyo de la concesión administrativa. De hecho, examinando algunas de las concesiones de obra pública se observa que el reparto de riesgos estaba muy decantado en contra del ámbito público. La propia complejidad de estas modalidades contractuales dificulta en exceso la posibilidad de un control tanto de naturaleza política como económica. Hay, además, un factor que no es posible desdeñar cuando se aborda el problema de la gestión de los riesgos desde una perspectiva pública: en los procesos de configuración de las CPP suele estar muy involucrado el sector privado, incluso en la propia definición del objeto del contrato.

La dificultad del problema de gestión y configuración del riesgo al que se está haciendo referencia no es meramente teórica. El caso de la construcción del Metrosur por parte de una entidad dependiente de la Comunidad de Madrid, exterioriza cuál es el debate en el que nos encontramos. Una configuración técnico-jurídica compleja en el que participaron varias entidades dependientes de la Administración autonómica con la finalidad de no computar la construcción a efectos del déficit y que, sin embargo, la gestión del riesgo invalidó el objetivo propuesto; ya que tras la arquitectura jurídica, la Administración autonómica seguía siendo quien respondía de las consecuencias económicas del contrato(10).

La decisión de Eurostat sobre la Autopista de Sanxeno(11), muestra cómo allá donde había formalmente una concesión, había que entender un contrato de obra precisamente porque no había una transferencia de riesgo al sector privado. Desde luego, la necesidad que tienen los entes públicos de reducir el déficit, la práctica de forzar la aplicación de los criterios del SEC95 ha hecho que:

> los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos (Eurostat, 2002, p. 28).

Por ello, se puede señalar que algunas formas de contabilidad de diseño han llegado a las Administraciones Públicas.

Si el riesgo del cómputo en el déficit público puede provocar problemas de consideración de índole presupuestaria y puede motivar un replanteamiento de la política pública de inversiones, los peligros de naturaleza económica no son menos reales. Tomo las palabras de Ruiz Ojeda, que resultan en este lugar muy expresivas de los problemas teóricos y reales que se han planteado con el respaldo público a la construcción de infraestructuras por los particulares; y lo que es expresión de cómo la historia se repite:

> No hablo de conjeturas: las autopistas españolas son el mejor antídoto contra la elucubración. Y quien garantiza, paga. El Estado garantizó, y fue él quien pagó, y sigue pagando: otorgó seguros de cambio y avales, rescató concesionarias en quiebra, confirió privilegios fiscales, entre otras cosas. El que diga que sólo con garantías públicas se logrará la implicación del capital privado en la financiación de infraestructuras se equivoca rotundamente. Con garantías públicas de tal guisa lo que se consigue es dar un largo rodeo, con un resultado injusto e ineficiente, y todo para camuflar lo que desde el principio

(9) En Francia está establecido por el Consejo de Estado un tope máximo del 70% de aportación pública para que se pueda hablar de concesión de obra pública. Tomo el dato de Martín, P. (2003). Régimen económico-financiero de la concesión de obra pública. En *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Editorial Civitas.

(10) Sobre este contencioso, véase el interesante artículo de Martínez, J. (2005). Hacia la construcción de un *Derecho administrativo financiable*. Crónica del caso MINTRA". *Revista de Administración Pública*, *167*, 369 y ss.

(11) Decisión de Eurostat de 3 de junio de 2008, sobre la Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO 531-Sanxenxo.

era claro como la luz del día: que la Administración respondía íntegramente, o sea, el *riesgo y ventura de la entidad pública concedente*. Para este viaje no se necesitan tales alforjas (Ruiz, 2002, p. 176).

Conclusiones que sirven para las autopistas de los años setenta y también para las radiales de Madrid hechas en el periodo 1996/2004, y cuyo análisis económico se efectuó con unas previsiones que no resistían ningún análisis de razonabilidad, ya que los problemas no se vinculan a la crisis sino al propio incremento de los precios del suelo fruto de la nefasta política urbanística de la época y que está en la raíz de las peculiaridades españolas de la crisis económica. Por tanto, como se puede ver, el problema de la ponderación de los riesgos es una cuestión vital dentro del funcionamiento de las Administraciones Públicas. Reflexiones, en fin, que tienen su manifestación más clara en el rescate de las autopistas de peaje otorgadas en la época del Gobierno Aznar.

De hecho, en este contexto tan favorable a la introducción de las modalidades de colaboración público-privada, la propia Comisión europea ha insistido en los riesgos que plantean para las Administraciones públicas. Concretamente, ha indicado que "las APP son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya remuneración y riesgos son fáciles de calcular, autopistas, puentes o aeropuertos. Pueden resultar igualmente útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones -en particular los costes ligados a la determinación, distribución y cobertura de los riesgos- y de los capitales, mayor para los inversores privados. Está claro que el recurso a las APP no se puede presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una APP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público"[12].

He tomado, a partir de ahora, los problemas derivados de la gestión del riesgo en relación con el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria. Sin lugar a duda, esta es una consecuencia secundaria de la transferencia de riesgos, pero tiene la suficiente entidad como para que nos permita el examen de otras cuestiones de régimen de los contratos de colaboración público-privada.

5. Riesgo en la colaboración público-privada y estabilidad presupuestaria

Las fórmulas de colaboración público-privada han encontrado su razón fundamental de existencia para las Administraciones públicas en el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. La razón básica que justifica esta vinculación deriva del hecho de que las modalidades de colaboración público privada permiten la transformación de las partidas presupuestarias para que no supongan necesidades de financiación por parte de los entes públicos, ya sea porque se modifica la partida presupuestaria a la que se carga la operación, figurando como servicio en lugar que como adquisición de bienes o bien porque el que asume el riesgo es otra entidad, como ocurre con las sociedades estatales de obras públicas. Es, además, un tipo de procedimiento que ha sido de alguna forma incentivado desde la Oficina Estadística de la Unión Europea, Eurostat, que de forma un tanto sorprendente ha aprobado una serie de documentos en donde se proporciona una guía para la acción en relación con el reparto de riesgos[13].

Todo ello, además, con el espejo de la conocida decisión sobre la sociedad del Gobierno Federal Austriaco *Bundesinmobilliengesselschaft* -resolución conocida usualmente como caso BIG-, que constituye el modelo de los entes públicos europeos para mantener un elevado nivel de construcción de infraestructuras sin consolidación en el déficit público. Se trataba de una operación compleja en donde se encomendó a la sociedad BIG la gestión del patrimonio inmobiliario del Estado, con el encargo de acometer su remodelación para ponerlo a disposición del Estado con un arrendamiento que se abonaría de acuerdo con precios de mercado, asumiendo la sociedad el riesgo de un coste superior a lo asignado por el Gobierno para cumplir esta función. En todo caso, en estas situaciones procede de un estudio exhaustivo de cuáles

(12) Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

(13) El documento fundamental publicado por Eurostat está constituido por el Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública.

son las prestaciones características de la relación pactada y cuál ha sido el grado de transferencia del riesgo económico del contrato al socio privado, lo que se ha tenido que producir en una proporción sustancial.

De hecho, esta tendencia a la utilización de las fórmulas de los CPP y, en particular, la tendencia a la utilización imaginativa de los negocios jurídicos por parte de los entes públicos(14) se ha traducido en que el propio Eurostat insista en la necesidad de un estudio exhaustivo de las figuras empleadas por parte de las autoridades nacionales encargados de la verificación del déficit público. Concretamente, se señala que:

> los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos" (Eurostat, 2002, p. 28).

Actividad de las entidades nacionales que ha de aplicar la doctrina Eurostat que está recogida en sus manuales, aunque no por ello, el grado de transparencia ni en cuanto a los criterios ni en cuanto a los procedimientos de aplicación es suficiente, como se mostró en el caso de la construcción del Metrosur en la Comunidad de Madrid por parte de Mintra, entidad pública empresarial de la propia Comunidad.

El punto de partida está constituido por el hecho de que en el documento clave del régimen de cómputo del déficit, el SEC 2010, las operaciones del CPP se describen como:

> contratos complejos, a largo plazo, entre dos unidades, una de las cuales es normalmente una sociedad (o un grupo de sociedades, privadas o públicas) denominada operador o socio, y la otra normalmente una unidad de las administraciones públicas denominada concedente. Las APP suponen un gasto de capital importante para crear o renovar activos fijos por parte de la sociedad, que después opera y gestiona los activos para producir y ofrecer los servicios bien a la unidad de las administraciones públicas o al público en general en nombre de la unidad pública (20.227).

Desde este punto de vista, las relaciones jurídicas tendentes a la construcción de infraestructuras públicas reciben, desde el punto de vista contable, la consideración de *formación bruta de capital fijo*. En principio, lo que hay que diferenciar es, siguiendo lo dispuesto en el Plan de Estabilidad y Crecimiento, cuándo esas operaciones afectan a las necesidades de financiación de los entes públicos, con la consecuencia del cómputo para el déficit. En principio, si se recurre a las formas tradicionales de construcción de infraestructuras -esto es, al contrato de obra pública- computarían la cuantía de la financiación en la contabilidad de la Administración contratante y tendría el efecto consecuente sobre el incremento déficit público de dicho ente público y, por ende, del Estado afectado. Por tanto, de lo que se trata es de examinar en qué condiciones no se va a producir la consolidación contable.

En principio, en las operaciones de cooperación público privada de carácter puramente contractual, el análisis de cuándo no se computa a efectos del déficit público parte del principio de que lo relevante no es la forma jurídica que se esté utilizando sino la naturaleza de los flujos económicos, sobre todo si tenemos en cuenta que las CPP presentan numerosas modalidades con diferentes prestaciones, lo que incluso ha motivado la adaptación de la doctrina general de Eurostat(15) en aras de un control más efectivo de estas operaciones de cooperación público privada. Aunque la exteriorización de esta doctrina ha dado pie a que su uso suponga un incentivo para la utilización de

(14) Con la claridad que le caracteriza, López-Muñiz (1997) ha afirmado que "es cosa bien sabida que si en algo son expertos en la Comisión Europea es precisamente en no dejarse confundir con la heterogeneidad de formas y técnicas de cobertura que son tradicionales de los diferentes Estados o que éstos crean con los más diversos fines" (p. 73).

(15) News Release 18/2004. De hecho, la adopción de la decisión es la consecuencia del desarrollo imaginativo de las fórmulas de asociación público-privada: "las colaboraciones público-privado vienen desarrollándose desde hace bastantes años en el seno de la Unión Europea. Estas fórmulas de promoción de infraestructuras pueden adoptar diversas formas, incluyendo las tradicionales concesiones administrativas que normalmente no consolidan en el balance de la Administración. Recientemente, se han venido realizando nuevas e innovadoras fórmulas de colaboración en algunos países miembros, y se estima que esta tendencia continúe e incluso se acreciente como consecuencia de la necesidad de incrementar la eficiencia del gasto público y la calidad global de los servicios públicos. La Iniciativa de Crecimiento de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de 2003, establece como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras. Si bien la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat, no examina los motivos, la racionalidad y eficiencia de estas relaciones, tiene que proporcionar guías claras para su tratamiento en contabilidad nacional, para observar su impacto en los gatos generales del sector público. Más aún, una parte importante de la misión de Eurostat es asegurar la homogeneidad de las estadísticas gubernamentales en todos los Estados Miembros -incluidos los 10 Miembros que están en proceso de incorporación- de tal manera que el déficit y las estadísticas de deuda sean íntegramente comparables de acuerdo con el sistema SEC 95.

estas figuras, configurada al modo que la Oficina Estadística Europea ha estructurado.

La determinación de la naturaleza de los flujos económicos pasa a ser un elemento central del examen, ya que es lo que permitirá delimitar si nos encontramos con las que se consideran transferencias financieras o si, por el contrario, son catalogables como no financieras. La razón que motiva esta diferenciación es clara y está en el propio Protocolo sobre el déficit público, tal como ha señalado el propio Eurostat:

> Dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la necesidad de financiación del sector administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos no financieros y el de los activos financieros. Las variaciones de los activos no financieros (cuando se deben a operaciones) se registran en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos financieros -registradas en la cuenta financiera- no modifican dicho saldo (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital) (Eurostat, 2002, p. 30).

De hecho, el auge y caída de algunas modalidades contractuales ha estado determinada por su consideración como transferencia financiera o no financiera.

El factor determinante para la desconsolidación, que ya se vio que jugaba un papel central en las CPP, consiste en que se pueda comprobar que se ha producido en la relación jurídica una transferencia suficiente de riesgo al contratista, de tal manera que la mayor parte de éstos sean asumidos por la parte externa a la Administración Pública. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: "el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones" (Eurostat, 2004, p. 9). Realmente, en el análisis tiene que romperse una especie de presunción de que nos encontramos ante un bien público que, por consiguiente, la operación económica que se está realizando se consolida en el cómputo del déficit público, tal como viene señalando Eurostat: "en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato" (Eurostat, 2004, p. 9).

Como es fácil entender, este pacto en relación con el reparto de riesgos constituye un elemento básico del contrato para el cual se han arbitrado procedimientos específicos. Sin embargo, no podemos olvidar que las formas de CPP se ejecutarán a riesgo y ventura de los contratistas, lo que supone que en principio no se puede proceder a una imputación de riesgos a la Administración superior a lo que resulta razonable. Si ocurriera, nos encontraríamos en una alteración de la naturaleza del contrato, tal como ocurre con la relación entre la concesión de obra pública y el contrato de obra. Tal como ha señalado Gómez-Ferrer, aludiendo al problema del reparto de riesgos en la concesión de obras lo que es perfectamente extrapolable a este contrato, "lo importante es poner ahora de relieve que el concesionario asume el riesgo de financiación de la construcción y explotación de la obra a partir de las bases establecidas en el contrato. Y que el "mínimo" no deberá ser tan alto que excluya el riesgo, sino que habrá de ser el adecuado para que una empresa "eficiente" asuma el riesgo de financiar la construcción y explotación de la obra"(Gómez-Ferrer, 2003, p. 1112); ya que si no fuera así nos podíamos encontrar con que "la verdadera naturaleza de este caso es la de un contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión", en el que el "coste va a cargo de la Administración y su abono en la forma expuesta es una obligación de la Administración" (Gómez-Ferrer, 2003, p. 1105)[16].

(16) En un sentido similar, la Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000, ha señalado que "para la comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra. El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los precios sociales). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación.

Por último, desde el punto de vista de la consolidación también conviene deslindar asociaciones erróneas: hay pagos presupuestarios que no provocan la consolidación contable, debido a la partida del presupuesto de la que proceden -gastos corrientes, que es lo que hace que un arrendamiento no compute a efectos de déficit-. En ciertas ocasiones, las actuaciones de una sociedad mercantil pública no computan a efectos de déficit público y en otras el apoyo público a una concesión de obra pública es de tal magnitud o naturaleza que tiene el efecto de que se consolide. Y obviamente, la consolidación o desconsolidación de una obra en el déficit público a efectos de la estabilidad presupuestaria, nada tiene que ver con el pago de la obra: consolide o no ésta en el déficit hay que pagarla, a través de los mecanismos presupuestarios o extrapresupuestarios que haya previsto la Administración en el momento de su planificación.

6. La transferencia de riesgos al contratista de la Administración pública

El aspecto central aparece la transferencia de riesgos fuera de la Administración, a la otra parte del contrato. Ciertamente, no es sólo un problema del análisis del déficit público, sino que afecta a la propia naturaleza de estas figuras de colaboración público-privada(17) ya que si no se procediera a la transferencia de riesgos a las entidades que colaboran con las Administraciones públicas para la realización de la infraestructura, la naturaleza del contrato debería ser otra. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: "el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones" (Eurostat, p. 9). Es, en definitiva, lo que permite diferenciar un contrato de obra simulado de otra figura jurídica.

En la actualidad se trata de un problema de notable importancia en la medida en que se están favoreciendo la cooperación pública y privada, hay mayor control sobre el cumplimiento de los criterios del déficit público y, en consecuencia, hay una necesidad suplementaria de desarrollar fórmulas imaginativas para la plasmación de proyectos que tendrían un acomodo fácil a través de los tres contratos típicos, especialmente el de obra pública.

En este contexto, el análisis de las operaciones está girando sobre los riesgos económicos que surgen de ella para poder preceder a una adscripción que sea económicamente real. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que en el sistema SEC 2010 no resulta posible efectuar una división en dos contabilidades -la pública y la privada- de la operación, en función del volumen de riesgos que asuma cada una de las partes contratantes; lo que hace que, de forma global, una operación -en su conjunto sólo será posible clasificarla dentro o bien de las cuentas del ente público o bien en las de la unidad institucional de mercado. Y casi podría decirse que en este momento hay una presunción, razonable por otra parte, de que han de consolidarse en la contabilidad de la Administración Pública. Bien puede afirmarse, en este sentido, que "la evolución que se observa en los criterios de Eurostat, que cada vez son más detallados y acotan mejor el perfil de las entidades a incluir en el sector Administraciones Públicas, pone de manifiesto la dificultad creciente de ensayar fórmulas creativas para soslayar los límites de déficit y endeudamiento impuestos por Maastricht" (Pina & Torres, 2004, p. 44), aunque acaso no se deba ser todo lo optimista que quieren estos autores si se conoce un poco el funcionamiento diario de los entes públicos.

En efecto, en este punto, Eurostat viene aplicando un principio que parece que tiene asumido con claridad: "en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado

(17) Recordemos que, en relación con el debate entre la concesión de obra pública y el contrato de obra la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02 "si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario". Esta es una conclusión perfectamente extrapolable a las restantes fórmula de colaboración público privada.

el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato" (Eurostat, 2004, p. 8). En este sentido, los mecanismos de control por parte del ente público sobre el particular y, sobre todo, la previsión contractual de imposición de sanciones, que deben tener un cierto automatismo y surtir un efecto relevante sobre el resultado de la explotación -lo que impide las sanciones simbólicas- son datos que contribuyen a la idea de que se ha producido un traspaso real de los riesgos de la operación.

Más aún, la asunción de riesgos por parte del particular debería ser, si aplicáramos los principios del SEC 2010 desde la más absoluta ortodoxia, total, aunque Eurostat ha considerado que puede resultar normal que la Administración pueda asumir ciertos riesgos, como ocurre con los acontecimientos muy excepcionales o en el caso de aquellas actuaciones administrativas que modifiquen las condiciones del contrato. En todo caso, lo que se pretende evitar es que tras una apariencia de que es el contratista de la Administración el que asume las consecuencias sea el propio ente público el que contrae la mayor parte de las obligaciones.

Una determinación genérica de los riesgos inherentes al contrato resulta ciertamente complicada. Por ello, en aras de facilitar la comprobación de la realidad económica del contrato, se ha ampliado entre el SEC 95 y el SEC 2010 de tres a cinco las modalidades de riesgo que han de ser asumidas por el contratista (SEC 20.283)[18]:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.
b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.
c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.
d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.
e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

No obstante, se sigue manteniendo la regla de que "los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos" (SEC 20.284).

Esta realidad se va a aplicar incluso en los casos en los que la asunción de riesgos no es directa. En efecto, en el caso en que la participación pública suponga que la Administración ostenta la condición de garante de una parte relevante del riesgo -aunque sea para obtener mejores costes de financiación en los mercados y mejor calificación de los riesgos-, en ese caso, la operación se deberá consolidar en su balance. Eurostat lo afirma de este modo:

> En algunos casos, la garantía de una deuda puede hacer que la deuda del socio se clasifique como deuda pública, como ocurre cuando existen disposiciones legales por las cuales se transmita a la Administración la totalidad o parte del servicio de la deuda o en los supuestos en donde nos encontramos con la incapacidad evidente por parte del socio para atender a sus obligaciones de pago de la deuda (Eurostat, 2004, p. 12).

De igual manera, el destino final del inmueble son tenidos en cuenta como elementos indirectos para determinar si hay o no una transferencia de riesgos al particular que colabora con la administración, de tal manera que el coste de la infraestructura se consolidaría en las cuentas públicas siempre que la Administración se haga con el activo a la finalización del contrato y el precio determinado de ante mano sea superior al valor del bien o pese a ser inferior los pagos realizados regularmente hayan alcanzado un valor similar al de éste. Y obviamente nos encontramos ante una problemática muy particular en los supuestos en los cuales la Administración contrata con una sociedad de

(18) Sobre esta cuestión específica se puede consultar el estudio de las profesoras Macho Pérez & Marcos Peña (2014). El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat. Revista de Administración Pública, (194).

capital enteramente público, creada por dicha administración pública para el tipo de actividades como la que se pretenden realizar y que, por su especificidad, lo abordaremos cuando se desarrolle el capítulo relativo a la construcción a través de una sociedad mercantil pública.

Los únicos riesgos que no son tenidos en cuenta en el análisis son los que no están vinculados al activo que se va a construir y que se pueden separar del contrato principal, lo que condiciona, por ejemplo, las aportaciones públicas para la construcción de la obra y, de igual manera, las garantías públicas, tal como veremos con posterioridad en los capítulos sucesivos. Es por ello por lo que las operaciones de cooperación público-privado no suelen resultar sencillas y, asimismo, hay una voluntad de difuminar los riesgos fuera del ámbito público. En todo caso, en los capítulos siguientes aparecerán algunas cuestiones puntuales que no conviene señalar en este momento dado que quedarían difuminados por afectar a aspectos concretos de modalidades específicas.

En este momento conviene que se analicen las diversas modalidades de riesgo que ha configurado Eurostat, que han de ser estudiadas para un adecuado engarce en la contabilidad del ente público o del particular y que, como se ha señalado con anterioridad son riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad y riesgos de demanda.

Aunque pueda parecer que con ello nos introducimos en una perspectiva meramente contable, para determinar los efectos en contabilidad nacional de la construcción de una infraestructura, nos está llevando al análisis de cómo se aplica el principio de riesgo y ventura de la contratación pública, que el artículo 199 LCSP modula para una de las modalidades de colaboración público privada: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado” (artículo 199 LCSP).

7. Riesgos de construcción

La primera modalidad de riesgo que ha de ser analizada es el denominada riesgo en la construcción. El riesgo de construcción, tal como ha sido definido por Eurostat, “cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos -incluidos los riesgos ambientales-, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros” (Eurostat, 2004, p. 9). Obviamente esto se aplica tanto a los supuestos en los que las consecuencias económicas de los riesgos los asume el ente público como en aquellos otros en los que el contrato está planteado de tal manera que hay un sobrecoste para la Administración para hacer frente a estos gastos hipotéticos.

Para que estos riesgos no computen en la contabilidad de un ente público han de haber sido transferidos al colaborador de la Administración, cuestión para cuya comprobación se procede a una subdivisión de los riesgos que se producen en el momento de la construcción del bien por parte del particular. En todo caso, sí conviene afirmar que esta transferencia de los riesgos implica que la Administración ha de efectuar pagos en circunstancias muy concretas En relación con esta modalidad de riesgos, como se ha afirmado, se ha de proceder a una transferencia real de los mismos al particular que colabora con la administración de tal manera que los pagos que efectúe la Administración deben ser la consecuencia de un estado de los activos que lo requieran. Así, en condiciones normales un socio particular de la Administración no debería aceptar únicamente aquellos riesgos de construcción cuando las exigencias administrativas resulten inusuales, de tal manera que pueden aceptar a la viabilidad comercial del producto o cuando a través del comportamiento del ente público se modificación las especificaciones durante el proceso constructivo o se alteran requisitos usuales.

Los riesgos del proceso de construcción y, por ende, el coste de asunción del proyecto debe ser asumido por el particular. De este modo, la realización de pagos anticipados por parte de la Administración, que no sean la consecuencia de la comprobación de la calidad de las obras sólo podrá ser admitidos en el supuesto de que tengan reconocida de forma expresa la naturaleza de pagos a cuenta, de lo que se podría derivar, en su caso, un saldo positivo para la Administración en el momento de la liquidación definitiva. A una conclusión similar se llega cuando los pagos los efectúa la Administración para cubrir sistemáticamente cualesquiera costes adicionales, sea cual fuere su justificación, dado que esto evidencia que los riesgos reales de ejecución del proyecto no han sido asumidos por parte del particular, sino que siguen estando en manos de la Administración.

Los pagos no deben servir, asimismo, para el abono de cualesquiera costes adicionales que hayan surgido en el desarrollo del contrato, ya que esto evidenciaría una mala previsión por el socio privado y, paralelamente, una asunción de riesgos por parte de la Administración; por lo que han de ser abonados por el contratista de la Administración pública, nunca por ésta. Eurostat afirma, en este sentido, de forma clara que "un punto importante es que la Administración no deberá estar obligada a efectuar ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión de la construcción por parte del socio privado, bien como proveedor directo o únicamente como coordinador/supervisor" (Eurostat, 2004, p. 15). Esta doctrina, por ejemplo, es especialmente relevante a la hora de estudiar las posibilidades de apoyo administrativo a los concesionarios por aumentos de gastos de expropiación, supuesto que desde luego no resulta desconocido en nuestro país, ya que es una de las principales reivindicaciones en relación con las autopistas radiales de los alrededores de Madrid y que, por aplicación de la antedicha doctrina, el Estado no puede asumir.

Por último, conviene recordar que sí resulta admitido en el sistema contable europeo que la Administración puede asumir aquellos riesgos que se deriven de acontecimientos exógenos imprevistos, que estén fuera de la cobertura normal que proporcionan las compañías de seguros para la construcción de las infraestructuras y que, obviamente no debe confundirse con la idoneidad del "diseño" de los activos, ya que en este último supuesto nos encontramos ante un riesgo de construcción, derivado de la deficiente planificación del proyecto y tampoco ante problemas derivados de la falta de análisis previos ni de falta de previsión del contratista. Han de ser supuestos, en consecuencia, totalmente imprevisibles.

Estas reglas que se acaban de exponer sobre los riesgos de la construcción podrían ser matizadas por Eurostat siempre que se trate de proyectos para el desarrollo de productos novedosos en los que exista un desarrollo de una labor importante de investigación y desarrollo, o de innovación tecnológica, en los cuales la participación de los particulares resulta muchísimo más complicada precisamente por el incremento de riesgos. Frente a esta admisibilidad de ciertos pagos para el fomento de la investigación científico-técnica, los criterios resultan más rígidos en los casos en los que nos encontremos ante actividades más convencionales, que carecen del componente de investigación.

8. Riesgos de disponibilidad de la infraestructura

8.1. Desarrollo general de la transferencia de riesgos de disponibilidad

En segundo lugar, para determinar si se ha de operar la consolidación en la contabilidad de una Administración pública de una operación, se ha de proceder al análisis de los denominados riesgos de disponibilidad. De acuerdo con lo señalado por Eurostat, este tipo de riesgo está constituido por los que:

> hacen referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato (Eurostat, 2004, p. 9).

Para determinar cómo se han de computar este tipo de riesgos ha de recordarse que los pagos que en estas operaciones efectuaría la Administración serían pagos periódicos en contraprestación por la explotación de una obra o la prestación de un servicio o por ambos, pero que en todo caso han de ser reales[19]. Precisamente por ello, como ha señalado Eurostat, han de afectar al activo principal y no a alguno de los contratos complementarios, que estén vinculados a él, pero que no lo tengan como su objeto principal[20], como ocurriría, por ejemplo, en un contrato para la construcción de un hospital pero que llevara anejos los servicios de lavandería, que obviamente nada tienen que ver con el inmueble y que de hecho suelen ser redefinidos en alguna de sus cláusulas varias veces durante el periodo de la vida del contrato sobre el inmueble.

Desde esta perspectiva, lo que exige Eurostat para que no se contabilice en la contabilidad del ente público que ha

(19) Con independencia de que con posterioridad se aluda a este problema con mayor detenimiento, pueden verse los Informes de la Junta Consultiva 61/03, de 12 de marzo de 2004 y 70/04, de 11 de marzo de 2005, en los cuales se hace referencia a problemas con la utilización de ciertas modalidades contractuales, precisamente porque no había realmente un servicio ni había transferencia de riesgos al particular, sino que se trataba de contratos de obra disfrazados.

(20) Esto lo señaló Eurostat en su decisión de 11 de febrero de 2004 en donde hizo una concreción de los riesgos que podían ser incluidos entre los que se diferían al particular a efectos de que no computara la operación en la contabilidad pública. Allí, señaló que "no se deben considerar riesgos que no estén relacionados con el activo y que puedan ser completamente separados del contrato principal como es lo que ocurre cuando el contrato puede ser totalmente renegociado periódicamente y sujeto a deducciones que no dependen significativamente de los activos principales" (p. 2).

adjudicado el contrato es que el bien objeto del contrato está disponible para el servicio que quiere prestar la Administración pública en cantidad suficiente y con la calidad adecuada para que el servicio esté adecuadamente prestado. Paralelamente, ante supuestos de incumplimiento por parte del contratista, lo que resulta exigible para la desconsolidación contable es que éste responda como hace cualquier empresario privado ante este tipo de situaciones. O, planteada la cuestión desde el punto de vista de los abonos que hace el ente público al contratista, Eurostat ha indicado que "los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un período de tiempo determinado" (Eurostat, 2004, p. 15).

En todo caso, en el momento de la firma del contrato deben quedar pactadas las cantidades máximas que pueden cobrar el contratista durante toda la vida de la colaboración público-privada y, lo que resulta más relevante, que estas cantidades no vienen a sufragar un déficit global del contrato en los casos en los que la explotación económica no resulte rentable. Esto impide, además, el que se pueda producir un aumento en los pagos que haya de realizar la Administración al contratista en el supuesto de que se produzca un aumento de los costes de explotación de la infraestructura construida o de sus servicios anejos, ya que, tal como señala Eurostat, esto sería transformar la relación jurídica, que pasaría a estar considerada como un arrendamiento financiero, con distinta valoración contable y, por consiguiente, consolidaría las deudas en el déficit público (Eurostat, 2002, p. 200).

Obviamente, aquí caben que en el contrato se estructuren diversas modalidades de pagos al contratista, fórmulas que han sido valoradas por Eurostat de forma flexible atendiendo a la realidad de cada uno de los contratos que se hayan firmado. De hecho, a título de ejemplo, se puede señalar que la aplicación de esta regla no eliminaría, en principio, la posibilidad de que las cantidades que paga la Administración pública al contratista estén divididas en dos partes, de tal manera que tengan una parte fija y otra que sea directamente dependiente de la calidad del servicio, sin que tenga la consideración de sanción. Obviamente lo que no puede suponer esta dualidad tarifaria es la desnaturalización del contrato, de tal manera que para que esta modalidad resulte admisible es preciso que los pagos han de ser realizados una vez que se haya producido la autorización para el inicio de las actividades, y siempre y cuando el permiso concedido por la Administración pública pueda ser revocada por falta de cumplimiento de la normativa, particularmente cuando se impone la cláusula de progreso o de adaptación tecnológica, con los problemas que ello puede provocar por incremento de los costes al prestador del servicio.

Uno de los elementos en los que más se incide por parte de Eurostat es el relativo al aumento en los costes de puesta a disposición de la Administración del inmueble objeto del contrato. Estas cantidades debe ser, en principio, asumido por el particular, de tal manera que se violaría el principio de la asunción de riesgos por éste si fueran sufragados por la Administración pública, ya que reflejan una mala planificación del coste de puesta en servicio, que ha de ser transferido al contratista y no restar en manos de la Administración. Conviene tener presente que ésta sólo podría hacer frente a un aumento de costes si es la consecuencia de actividades de la Administración en relación con el objeto del contrato, como sería, claramente, en el caso de ejercicio por parte de ésta del *ius variandi*. En los restantes supuestos el incremento de costes lo ha de asumir en su integridad el contratista, para lograr el efecto de la desconsolidación.

Para una determinación adecuada de las circunstancias en las que aparece la responsabilidad por la disponibilidad, en el contrato han de aparecer concretados los niveles de prestación que tiene que realizar el particular y, al mismo tiempo, que la responsabilidad opere de un modo automático. Desde esta perspectiva, tienen que surtir

> un efecto importante sobre sus ingresos/beneficios. Deben afectar en medida significativa al margen de explotación de la unidad e incluso podrían superarlo en ciertos casos, de tal manera que el socio sufriría una fuerte penalización financiera por su insuficiente o inadecuado rendimiento. Podrán adoptar asimismo la forma de renegociación automática del contrato e, incluso, en un caso extremo, de expulsión del socio original del contrato (Eurostat, 2004, p. 15).

Incluso, como mecanismo de cierre ante posibles comportamientos torticeros por parte de la Administración, se podrían hacer estudios comparativos de los costes que se están facturando para servicios de similar naturaleza, a fin de probar que la exigencia de calidad resulta proporcionada a las características del servicio.

Frente a este automatismo, el análisis de las deducciones por mal funcionamiento de la prestación podría conducirnos a una situación que sí computaría a efectos de déficit: la mala concreción de los niveles de calidad. Esto es, en los supuestos en los cuales esté previsto una alta responsabilidad por parte del contratista pero en donde se haya producido, al mismo tiempo, una concreción laxa de los elementos

que la hacen surgir, nos encontraríamos con que resulta indicativa de una deficiente traslación de los riesgos al particular, o, planteada la cuestión de forma inversa, nos demostraría que nos encontramos ante la asunción indirecta de los daños producidos por la Administración contratante y no por el contratista.

En este sentido, la cuantía de las sanciones es un elemento relevante a la hora de analizar cómo se ha producido la transferencia de riesgos. El criterio básico que utiliza Eurostat para dilucidar si la sanción es ficticia o por el contrario es real depende del coste de la prestación del servicio: "la reducción en los pagos por la Administración en una cuantía muy inferior a la que correspondería a la parte de servicios no prestados demostraría la existencia de una sanción marginal, lo que sería contrario a la filosofía básica de una transferencia significativa de riesgos al socio" (Eurostat, 2004, pp. 15-16). Obviamente no debe quedar recogido en el contrato un umbral de incumplimiento que resulte sin sanción para el contratista por cumplimiento deficiente del servicio, ya que este elemento operaría como un indicativo de que no se ha producido la necesaria transferencia significativa del riesgo al particular que colabora con la Administración.

Pero, al mismo tiempo, hay que establecer mecanismos adecuados de control por parte de la Administración, que han de estar suficientemente familiarizados con las prestaciones del contrato para que la imposición de este tipo de penalizaciones se pueda establecer de forma real.

Estos incumplimientos del contratista sólo podrían quedar sin sanción por parte del ente público en aquellos supuestos en los que se producen elementos de carácter extraordinarios que son determinantes de la falta de consecución. Así, Eurostat cita específicamente dos que resultan muy expresivos del tipo de circunstancia ante el que nos tenemos que encontrar para que se pueda no materializar la consolidación: "como puede ser un cambio importante de política o un caso de "fuerza mayor". Si bien, tales excepciones sólo se aceptarían en condiciones muy limitadas que deben establecerse expresamente en el contrato" (Eurostat, 2004, p. 15).

8.2. En particular, la estructuración de los pagos por disponibilidad

Tal como señalaba el artículo 11.4 LCSP, "la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento". En condiciones normales, este pago va a estar vinculado a los referidos objetivos de rendimiento, en la medida en que la estructura de los contratos de colaboración exige una determinación de los niveles de calidad de los servicios prestados por el contratista.

De hecho, en las operaciones de CPP, el modo usual de pago es el denominado pago por disponibilidad, que es el usual en los casos de contratos cuyo objeto es infraestructuras para su utilización para actividades administrativas. Esto es, se trataría de aquellos supuestos en los que se suscriben contratos "para la construcción y financiación de infraestructuras públicas que únicamente va a utilizar la Administración y no terceros usuarios, por lo que en principio no serían explotables económicamente, al menos hacia el mercado. Estaríamos hablando de supuestos en donde no se admite la prestación del servicio por el concesionario sino por la Administración, tales como hospitales, prisiones, colegios, edificios de servicios administrativos (Herranz, 2005, pp. 756-757).

Esto es, nos podemos encontrar tanto ante supuestos en los cuales hay una puesta a disposición de un edificio para la prestación de un servicio en condiciones adecuadas, pero en los que el usuario final va a ser un particular -como ocurre, por ejemplo, con los hospitales- o incluso a los propios servicios administrativos, como ocurre con muchos supuestos de utilización de las fórmulas CPP para las sedes administrativas. En este sentido, lo que se transferiría al particular sería el denominado riesgo por disponibilidad de la infraestructura, que, como sabemos, ha sido definido por Eurostat (2004) como aquél "que hace referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión insuficiente ("mala gestión"), el volumen de los servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la especificada en el contrato".

Ahora bien, no podemos olvidar que en estos supuestos el esquema contractual es especialmente complejo en la medida en que no nos encontramos ante un contrato del que únicamente forme parte la infraestructura, sino que hay una serie de prestaciones complementarias -servicios y calidad de la disponibilidad-, que serían las que determinarían el riesgo económico para el contratista. En este sentido, en estas modalidades de concesión "el concesionario construye, financia y opera la infraestructura, encargándose la Administración competente básicamente de proveer los servicios

asociados. La adjudicación de la concesión se realiza sobre la base de las propuestas de los licitantes que incluyen un proyecto de diseño realizado teniendo en cuenta especificaciones funcionales definidas por la Administración concedente. La fórmula de financiación utilizada es del tipo presupuestaria diferida, basada en un esquema de pagos por disponibilidad, por el cual se retribuye al concesionario en función de la calidad en la prestación del servicio de operación de la infraestructura según unos parámetros predefinidos en el contrato de concesión" (Herranz, 2005, p. 757).

De este modo, la retribución que abonaría la Administración no sería fija, sino que, por el contrario, dependería de la disponibilidad del inmueble y del cumplimiento de los parámetros de calidad que se hayan pactado entre concedente y concesionario. En este sentido, conviene tener presente que no sólo se producen los pagos por la Administración en función de la utilización, sino que en ocasiones también se utilizan criterios derivados de la evaluación de los estándares de calidad y servicio, que actúan como incentivos para un adecuado nivel de calidad y con penalizaciones para el concesionario en el caso de que la obra no se encuentre en las condiciones requeridas (Acerete, 2004, p. 87). Es lo usual en los casos en los que hay un servicio efectivo -hospitales, colegios, etc.- pero que también se ha utilizado en ocasiones para mejora de autovías ya construidas. Como consecuencia de ello, la remuneración que recibe el concesionario no es fija, sino variable, en función de diversos criterios entre los que está la cantidad y, sobre todo, la calidad del servicio previsto[21]. Por lo tanto, se trata de un sistema en el que el pago es efectuado por todos los contribuyentes, quienes asumen el coste final del proyecto, usen o no la infraestructura, si bien los pagos que se deberá realizar por la Administración se realizan de forma escalonada en el tiempo.

Precisamente por ello, el clausulado de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado ha de estar muy vinculado a la realidad de los denominados pagos por disponibilidad, debiendo recoger, asimismo, un desplazamiento suficiente del riesgo de la Administración al contratista; lo que se puede estructurar de la siguiente manera:

a) De entrada, se puede recoger una cantidad fija que pague la Administración al concesionario, pero bajo ciertas condiciones. Se trata de cantidades que no se pueden empezar a pagar por parte del ente que ha otorgado la concesión con anterioridad a la entrega del inmueble a la Administración. De igual modo, estas cantidades fijas no pueden tener una magnitud que cubran todos los costes de construcción de la infraestructura. Si ocurriera de este modo, realmente no nos encontraríamos ante una concesión de obra pública por faltar el elemento del riesgo que ha de asumir el contratista de la Administración pública ya que es ésta la que cubre el riesgo total de la operación.

b) La segunda parte de lo que abonaría la Administración, la relativa a los ingresos variables dependientes de la calidad del servicio no deben ser la consecuencia sólo de sanciones por el mal funcionamiento del servicio sino que deben estar estructurados sobre la cantidad y calidad del mismo, de tal manera que el riesgo económico de la concesión se materializaría si el servicio no alcanza toda la calidad requerida por la Administración, con lo que el riesgo económico aparecería aún si no hay, en sentido técnico, incumplimiento sino mero cumplimiento *discreto,* en la zona de los mínimos admisibles[22]. En esta línea, ha de procederse a un examen continuo del funcionamiento del servicio para adecuar las cantidades que ha de abonar la Administración al concesionario.

En este sentido, debería existir una diferenciación clara entre lo que son sanciones por el mal funcionamiento del servicio y la determinación de las partidas por las que puede cobrar el concesionario, atendiendo a niveles de calidad, que obviamente deberían ser variables en función de las circunstancias y de los avances técnicos y sociales, por lo cual habrán de ser fijadas con la mayor

(21) *Véase* sobre esta modalidad de retribución los trabajos de Agueda, F., a financiación… op., cit. el estudio de Ruiz, A. (2000). Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales. *En La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*. Instituto de Estudios Económicos y la Editorial Civitas.

(22) Eurostat es clara sobre este punto cuando señala que "se supone que la Administración no lo soporta si está legitimada para reducir en medida importante sus pagos periódicos, como cualquier "cliente normal", caso de no satisfacerse ciertos criterios de rendimiento. Bajo estas condiciones, los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un período de tiempo determinado".

nitidez posible. En todo caso, si hubiera penalidades, un mal funcionamiento del servicio debería suponer una reducción significativa de los pagos que realice la Administración concedente.

Se ha de proceder a la determinación de una cuantía máxima anual que percibiría el concesionario de la Administración sólo en el caso de la mejor prestación del servicio tal como está recogida en la concesión. En este sentido, las rebajas en la retribución por servicios prestados con una calidad inferior deberían poder condicionar la rentabilidad económica de la explotación de la concesión. Precisamente porque la retribución depende de la calidad, deberían estar previstos expresamente controles por parte de la Administración[23]. Si no estuvieran previstos o si no se hicieran sería un indicio de que el contrato de concesión de obra pública encubre, en su realidad económica, uno de obra cuyas cláusulas económicas sí se consolidarían en la contabilidad de la Administración contratante.

9. Riesgos de demanda

La última modalidad de riesgo que ha de ser transferida por las Administraciones públicas al contratista y que ha de ser analizada, conforme a la doctrina de Eurostat sobre la consolidación de infraestructuras, está constituida por los denominados riesgos de demanda. De acuerdo con lo que se ha señalado por la Oficina estadística europea, los riesgos de demanda serían:

> aquellos que cubren aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del *riesgo económico* que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado (Eurostat, 2004, p. 9).

De forma sintética, se puede señalar que la Administración contratante retiene el riesgo de demanda de una operación de construcción de infraestructuras cuando está obligada al pago de una determinada cantidad al particular con independencia de cuál sea la utilización efectiva del bien, con lo que la rentabilidad económica para el contratista está garantizada contractualmente, al resultar totalmente independiente de la demanda real del servicio. De este modo, estaría vetada por efecto del principio de estabilidad presupuestaria la denominada garantía de beneficio empresarial a que algunos hacen referencia, incluso esta recogido en alguna norma española, y que se analizará con la concesión de obra pública.

En definitiva, lo que se pretende es que ante respuestas negativas de los consumidores con respecto a un determinado bien, el contratista debe adoptar soluciones empresariales para aumentar la aceptación del mismo sin recurrir a garantías de la Administración, que demostrarían que es el que ha retenido los riesgos que se pueden producir con la operación. En este sentido, la realización de todo tipo de actividades para impulsar el uso del bien, que van desde el elemento que resulta más común, la publicidad de la infraestructura, hasta otros más complejos como la diversificación del uso del bien –que, obviamente, ha de estar aceptada de forma previa en el contrato o, en su defecto, ser pactada con la Administración- son indicativos de que el riesgo de la demanda es soportado por el particular y, por consiguiente, la inversión para la construcción de la infraestructura no se consolidará en las cuentas de la Administración pública.

Como es fácil de entender, este planteamiento de Eurostat hace que haya que ser especialmente cuidadoso en la formulación de algunas modalidades de concesión de obra pública en las que es la Administración concedente la que efectúa los pagos al contratista, como son las de peaje en la sombra o la de peajes mixtos o, incluso, en algunas modalidades de peaje en la sombra en donde no hay una cantidad fija, como se estructura el peaje por bandas. Y sin duda condiciona mucho la aplicabilidad de los mínimos de peaje que han de abonar las Administraciones, el sistema que ha sido típico en Chile, sobre todo si las cantidades cubren la amortización de la construcción de la infraestructura. Y, precisamente por esto también resultan problemáticas, desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria, las aportaciones

(23) Eurostat lo recoge expresamente cuando indica que "Lo anterior sería de aplicación especialmente en el caso de que el socio no satisfaga los niveles de calidad requeridos debido a una falta de cumplimiento, con la resultante indisponibilidad del servicio, bajo nivel de la demanda efectiva por parte de usuarios finales o bajo nivel en la satisfacción del usuario. Dichos extremos vienen generalmente reflejados en indicadores de cumplimiento en el contrato".

a la explotación de la obra que están recogidas en la normativa de la concesión de obra pública.

Incluso, de acuerdo con lo señalado por Eurostat, si se produjera una decisión administrativa que afectara directamente al volumen de la demanda de utilización del bien –el caso típico estaría constituido por la construcción de una infraestructura que haga competencia a la ya construida- y esto supone incluso que se ha de producir por parte del ente público un pago compensatorio al contratista, aquí no nos encontramos ante la consolidación contable en la Administración sino que se trataría de abonos de cantidad admitidos, precisamente por la imprevisibilidad del riesgo en el momento de producirse la primera construcción[24].

Por último, de acuerdo con el esquema del SEC 95 también se podrían producir pagos al contratista en casos de acontecimientos externos de naturaleza excepcional, en casos de fuerza mayor, sin que se produzca la consolidación en las cuentas de la Administración pública de la que depende la obra construida. Estos supuestos se admitirán sólo en condiciones muy restrictivas, en las que no hay coberturas de seguro a precio razonable, ya que en supuestos normales el contratista está obligado a suscribir una póliza de seguros para recuperarse de los daños padecidos en el bien. Lo que desde luego no es admisible es que sea la Administración pública la que actúe como seguro a todo riesgo de los daños que acontezcan al contratista.

10. La transferencia de riesgos en el SEC 2010 como criterio para la transferencia del riesgo operacional

Las consideraciones anteriores no se deben entender como un ejercicio contable en el marco de un análisis jurídico. Más allá de la permeabilidad de los parámetros de estudio de los contratos, aquí encontramos un vehículo muy adecuado para ver en qué circunstancias nos estamos encontrando ante una figura de CPP y cuándo ante otras modalidades contractuales y cómo valoramos la transferencia de riesgos. Porque precisamente, lo que hace Eurostat, y con él los institutos estadísticos de los estados miembros, es examinar los flujos económicos y dónde se queda el Estado actuando como salvaguarda del contratista. Algo que es exactamente igual de útil en la colaboración público-privada que en las concesiones.

Esta división de las modalidades de riesgo sirve, de este modo, para analizar cuándo se ha transferido el riesgo operacional, en las condiciones previstas en el Considerando 18 de la Directiva 2014/23, de concesiones, cuando afirma que "la característica principal de una concesión, el derecho a explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un *riesgo operacional de carácter económico".*

Referencias bibliográficas

Acerete, J. (2004). *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas* [tesis doctoral, Universidad de Zaragoza]. Instituto de Estudios Fiscales. http://imagenesbibliotecacentral.minhap.gob.es/pdfpublicaciones/Literaturagris/financiaciongestionprivadainfraestructurasserviciospublicos.pdf

Comisión Europea. (2004). *Sobre la colaboración público-privado y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Comisión de las Comunidades Europeas. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327

Dipace, R. (2006). *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore.

Eurostat. (2002). *Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

Eurostat. (2004, 11 de febrero). Decisión 18/2004, *relativa a la no inclusión del fentión en el anexo I de la Directiva 91/414/CEE del Consejo y a la retirada de las autorizaciones de los productos fitosanitarios que contengan esta sustancia activa*. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-80296

Eurostat. (2004). *Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners (Public-private-partnerships)*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

Gómez-Ferrer, R. (2003). *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas* (2.ª ed.). Editorial Civitas.

González, J. (2006). El contrato de colaboración público privada. *Revista de Administración Pública, 170*, 7-39.

Herranz, P. (2005). *Régimen general de las obras públicas* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch.

(24) Eurostat. (2004, 11 de febrero). Decisión 18/2004, *relativa a la no inclusión del fentión en el anexo I de la Directiva 91/414/CEE del Consejo y a la retirada de las autorizaciones de los productos fitosanitarios que contengan esta sustancia activa*. Boletín Oficial del Estado.

López-Muñiz, J. (1997). ¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? *Revista de Administración Pública, 144,* 45-73.

Míguez, L. (2008). Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español. *Revista de Administración Pública*, *175*, 157-215.

Pina, V. & Torres, L. (2004). *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*. Asociación Española de Contabilidad y Administración.

Ruiz, A. (2002). Reivindicación de una cultura de gestión concesional. Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica reguladora de la concesión de obras públicas. *Revista de Obras Públicas*, *3425*, 173-180.

Villar, F. (2007). "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y privados". *Revista de Administración Pública*, *172*, 141-168.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.009

Doação sanguínea por homossexuais masculinos no Brasil: o embate Supremo Tribunal Federal x ANVISA e a (in)existência de diálogo entre poderes(*)

Blood donation by male homosexuals in Brazil: the clash Supreme Court Federal x ANVISA and (in) existence of dialogue between powers

Maria Valentina de Moraes(**)
Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)

Eliziane Fardin de Vargas(***)
Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)

Resumo: O período de inaptidão de 12 meses após o último ato sexual de homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras para que possam exercer o ato solidário de doação sanguínea foi debatido pelo STF na ADI 5543/DF, que entendeu pela inconstitucionalidade dos normativos que traziam essas restrições. Após a decisão a Agência Nacional de Vigilância Sanitária emitiu nota aos hemocentros para que mantivessem o procedimento de coleta das doações sanguíneas conforme vinha-se realizando antes da decisão do Tribunal. Dessa forma, utilizar-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico para responder ao seguinte questionamento: há um diálogo entre poderes em relação ao posicionamento adotado pelo STF na ADI 5543 e a posterior orientação da Anvisa que preconiza a manutenção dos critérios de inaptidão para doação de sangue por HSHs? Conclusivamente se pôde afirmar a inexistência de diálogo entre o STF e o posicionamento da Anvisa diante da constatação de insistência por parte da agência em permanecer perpetuando uma conduta discriminatória através da emissão de orientações contrárias ao precedente firmado pela Corte na ADI 5543.

Palavras-chave: ADI 5543/DF - Diálogo entre poderes - Doação de sangue HSH - Supremo Tribunal Federal - ANVISA - Teorias dialógicas institucionais

Abstract: The 12 months period of disability after the last sexual act of men who have sex with other men and/or their partners so that they can exercise the solidarity act of blood donation was discussed by the STF in ADI 5543/DF, which understood by unconstitutionality of the regulations that brought these restrictions. After the decision, the National Sanitary Surveillance Agency issued a note to blood centers to maintain

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 04 de diciembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 07 de marzo de 2021.

(**) Doutoranda no Programa de Pós-Graduação S*tricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Lattes: http://lattes.cnpq.br/2400734786644430. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8298-5645. Correio electrónico: mariavalentina.23@hotmail.com.

(***) Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7125626353321424. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-3192-659X. Correio electrónico: elizianefvargas@mx2.unisc.br.

the procedure for collecting blood donations as it had been taking place before the Court's decision. Thus, the hypothetical-deductive approach method and the analytical procedure method will be used to answer the following question: there is a dialogue between powers in relation to the position adopted by the STF in ADI 5543 and the subsequent guidance by Anvisa which recommends the maintenance of the criteria for disability for blood donation by MSMs? In conclusion, it was possible to affirm the absence of dialogue between the STF and Anvisa's position in view of the agency's insistence on continuing to perpetuate discriminatory conduct by issuing guidelines contrary to the precedent established by the Court in ADI 5543.

Keywords: ADI 5543/DF - Dialogue between powers - Blood donation by MSM - Brazilian Supreme Court - ANVISA - Institutional dialogical theories

1. Considerações iniciais

Desde o estopim da propagação do vírus HIV iniciou-se uma série de restrições quanto aos critérios de aptidão para doação de sangue com a finalidade de conter a transmissão e o avanço do vírus HIV através de transfusões de sangue. No Brasil, segundo normativos da Anvisa e do Ministério da Saúde, homens que fazem sexo com outros homens (HSH)[1] e/ou suas parceiras eram considerados inaptos para doação sanguínea pelo período de 12 meses após a última relação sexual.

Demonstrando-se a medida desproporcional visto que, atualmente, em razão dos avanços no ramo da medicina e dos estudos envolvendo o vírus e sua transmissão se tem mecanismos capazes de um monitoramento mais preciso da janela imunológica, o que faz com que o período de 12 meses de inaptidão seja uma restrição excessivamente desproporcional, prejudicando tanto o exercício do ato empático da doação de sangue, como também cria óbice desproporcional de abstenção a liberdade sexual como condição para ser considerado um doador apto.

Dessa forma, o STF ao julgar a ADI 5543/DF declarou a inconstitucionalidade dos normativos da Anvisa e do Ministério da Saúde por reconhecer a desproporcionalidade dos critérios de inaptidão, preconizando que aos homossexuais masculinos e suas parceiras não fosse mais adotada a regra de inaptidão por 12 meses após a última prática sexual. De maneira diversa, posteriormente a decisão do STF, a Anvisa em nota de orientação aos hemocentros responsáveis pela coleta de sangue instruiu que fosse mantido os procedimentos até então adotados. Diante desses impasse, utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e o procedimento analítico, tem-se como problema de pesquisa, que norteará o trabalho, o seguinte questionamento: há diálogo entre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5543/DF e a orientação emitida pela Anvisa que impõe a manutenção dos critérios de inaptidão anteriormente adotados quanto à doação de sangue por homossexuais masculinos?

Tem-se como hipótese a inexistência de um diálogo entre o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e as recomendações emitidas pela Anvisa, uma vez que essas recomendações contrariam a decisão ao impor que se mantivesse a restrição de inaptidão para doação sanguínea por 12 meses após a última relação sexual de homossexuais masculinos e/ou suas parceiras, mesmo após o Supremo Tribunal Federal fixar posicionamento de modo contrário, sem uma superação argumentativa ou científica deste.

A relevância da pesquisa proposta justifica-se pelo fato de que é através do desenvolvimento de um diálogo adequado entre os Poderes do Estado -o que aqui compreende-se como o momento em que os atores públicos do debate buscam, através da argumentação, a superação da decisão anterior com o escopo de construírem um novo posicionamento que, em relação ao posicionamento anterior, mostre-se mais eficiente em promover o resguardo dos direitos fundamentais- que podemos obter decisões que, da melhor forma, concretizem e respeitem os direitos fundamentais de seus tutelados, assim, corroborando com o dever de proteção inerente a esses direitos.

Diante disso, justifica-se a escolha da decisão da ADI 4481 pois, nesse caso, é possível visualizar os reflexos negativos ocasionados pela ausência do desenvolvimento de um adequado diálogo institucional, o que acabou acarretando uma afrontas aos direitos fundamentais dos HSHs, bem como pode-se vislumbrar que nessa decisão há um posicionamento bastante relutante ao diálogo, por parte da Anvisa, ao recusar-se a cumprir a decisão

(1) No campo da medicina a sigla HSH é utilizada para fazer referência aos homens que fazem sexo com outros homens. (Sangy, 2019, p. 31).

do STF sem desenvolver esforços argumentativos no sentido de superar a decisão judicial através da construção de um novo posicionamento que melhor guarnece-se os direitos fundamentais.

Têm-se como principais premissas do trabalho, a fim de, através dessas, responder ao problema de pesquisa proposto: (i) a análise do teor da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade dos critérios de inaptidão temporal dos homossexuais masculinos; (ii) a averiguação do posicionamento adotado pela Anvisa em relação a decisão; e (iii) Para, ao final, verificar a presença ou não de um diálogo entre poderes, discutindo-se as teorias dialógicas institucionais.

2. Ação direta de inconstitucionalidade 5543/DF: a inconstitucionalidade do critério temporal de inaptidão ao exercício do ato de doação sanguínea por homossexuais masculinos.

O Partido Socialista Brasileiro, em 07 de junho de 2016, protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direita de Inconstitucionalidade 5543/DF, a qual tinha como objeto o debate quanto a (in)constitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, normas estas que vedavam temporariamente que homens que praticassem sexo com outros homens e/ou suas parceiras doassem sangue, considerando-os inaptos para o ato no período de 12 meses subsequentes a última relação sexual(2).

O feito foi julgado em sessão virtual iniciada em 1 de maio de 2020 e conclusa no dia 08 do mesmo mês e ano. Assim, por maioria dos votos(3), o pedido foi julgado procedente, nos termos do voto do Ministro relator Edson Fachin, declarando inconstitucional tanto as vedações impostas pela Resolução do Ministério da Saúde quanto da Resolução da Anvisa.

O Relator considerou que as normas debatidas violavam à dignidade humana(4) (art. 1º III/CF), ofendiam os direitos de personalidade dos indivíduos pertencentes a esse grupo, bem como, ainda que desintencionalmente, afrontavam o direito fundamental à igualdade(5) ao passo que impedem que essas pessoas sejam tratadas de maneira igualitária (art. 5, caput/CF) (Brasil, STF, 2020, p. 4). O Ministro salientou que as normas em comento desestimulam os princípios de uma sociedade justa e solidária e refreia o que o Estado deveria estimular, que é uma sociedade livre de quaisquer preconceitos e discriminações (Artigo 3, IV/CF). Atento às normas internacionais, finalizou seu voto ressaltando a afronta direta ao disposto em diversos tratados e convenções internacionais incorporados pelo Brasil, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, face à previsão do artigo 5, § 2 da Constituição Federal, são materialmente constitucionais (Brasil, STF, 2020, pp. 39-40).

O Relator afirmou que "sangue e pertencimento têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do acolhimento e da exclusão" (Brasil, STF, 2020, p. 2), considerou o sangue como uma excelente metáfora capaz de exemplificar o que nos identifica como humanos é "a prova pulsante do pertencimento a uma mesma espécie, (...) é justamente esse pertencimento ressignificado que permite que se exerça o empático e eminentemente altruísta gesto de "doar sangue" em auxílio a outrem dotado da igual condição humana." (Brasil, STF, 2020, p. 3), de modo que, qualquer óbice imposto a determinados grupos, que os restrinja do exercício desse ato empático, deve ser

(2) No ano de 2002 o Brasil alterou suas políticas de doação autorizando a doação de sangue por HSHs, desde que nos últimos 12 meses não tivessem mantido relações sexuais homossexuais. (Sangy, 2019, p. 32).

(3) Conforme certidão de julgamento da ADI n. 5543/DF (Brasil, STF, 2020), votaram pela procedência da ação os Ministros Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Edson Fachin e as Ministras Carmém Lúcia e Rosa Weber. Assim, foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowsi, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e, parcialmente vencido, o Ministro Alexandre de Moraes.

(4) Importante ressaltar que não se pode falar em garantia à dignidade humana se não for ofertado ao indivíduo a possibilidade desse se desenvolver de maneira livre e autônoma (Bahia et al., 2018, p. 106).

(5) Interessante à crítica trazida por Naia (2015, p. 68) de que, mesmo que a igualdade tenha sido proclamada como um princípio universal, é mantido o padrão do universalismo europeu com uma sistemática negação da diferença, que se reflete na discussão sobre as uniões homoafetivas no Brasil, na qual "o padrão permaneceu intocável, mas é como se o sistema tivesse aberto um pequeno espaço para os homossexuais, no sentido de permitir que tivessem acesso a alguns direitos, convivendo sempre com o padrão e com o tratamento de inferioridade que dele advém, pela sua própria razão e ser".

analisado com extremo cuidado, devendo a restrição contar com estritas motivações públicas que, racionalmente, traga uma proporcional justificativa para que as restrições existam (Brasil, STF, 2020, p. 3).

Na construção da linha argumentativa do voto o Ministro Edson Fachin levantou o questionamento de que "o estabelecimento, ainda que indireto, de um grupo de risco a partir da orientação sexual de homens e a submissão dessas pessoas (a incluir aqui suas eventuais parceiras) a medidas restritivas ao ato empático de doar sangue é justificável?" (Brasil, STF, 2020, p. 6). Afirmou o relator que, no seu entendimento, essa limitação não seria justificável já que a restrição em relação a um grupo de risco, ao invés de uma determinada conduta de risco, estabelece uma discriminação que leva a uma pressuposição indevida(6) -que atinge em especial os homossexuais e bissexuais masculinos- de que, exclusivamente pela orientação sexual que possuem, seriam essas pessoas potenciais transmissores de moléstias, em especial a AIDS (Brasil, STF, 2020, p. 6).

Afirmou o Ministro Edson Fachin que "a conduta é que deve definir a inaptidão para a doação de sangue, e não a orientação sexual ou o gênero da pessoa" (Brasil, STF, 2020, p. 20). Porém, ocorre de maneira contrária nos normativos debatidos, já que esses, indevidamente, desdenham um grupo tendo como fundamento sua orientação sexual, impossibilitando-os do exercício do "gesto livre e solidário de doação de sangue, tratando os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes de forma desvalorada em relação a todas as demais pessoas." (Brasil, STF, 2020, p. 20).

O Ministro Roberto Barroso rememorou o histórico que levou à implementação dessas restrições à doação de sangue por homossexuais masculinos, salientou que essas medidas foram adotadas nos anos 80 em razão da epidemia de AIDS(7) que atingia principalmente os homossexuais masculinos, usuários de drogas e os hemofílicos. Assim, de modo a buscar conter a epidemia, diversos países acabaram vedado que homossexuais masculinos doassem sangue. Afirmou o Ministro Roberto Barroso que a medida, na época, continha um justificável intuito preventivo de frear os avanços da epidemia que rapidamente se espalhava. Porém, o Ministro ressaltou que isso ocorreu a um quarto de século atrás; atualmente há um maior conhecimento e controle, tanto da doença como dos próprios métodos de triagem do sangue que é doado aos hemocentros, "de modo que o que talvez possa ter se justificado pelo princípio da precaução, lá atrás, diante do avanço da compreensão da doença e da sofisticação dos exames laboratoriais hoje feitos poderia já não mais se justificar" (Brasil, STF, 2020; Voto do Ministro Roberto Barroso).

Nesse mesmo sentido, afirmou o Ministro Edson Fachin que, em relação ao sangue doado, houve um significativo avanço nos mecanismos de detecção do HIV e da hepatite, em razão da diminuição do período necessário para o monitoramento da janela imunológica(8) "passando esta de 6 a 8 semanas para apenas 12 dias com o atual teste utilizado em todos os Bancos de Sangue do País (teste do ácido nucleico – NAT, conforme Portaria 2.712 de 12 de novembro de 2013 do Ministério da Saúde)." (Brasil, STF, 2020. p. 30). Sob esse argumento, reafirmou uma vez mais inexistir razão justificável para a imposição de completa abstenção sexual por 12 meses a homens homossexuais e bissexuais para que sejam considerados doadores aptos (Brasil, STF, 2020, p. 30).

O Ministro Ricardo Lewandowski, divergindo da corrente majoritariamente adotada pelos demais Ministros, pautou seu voto nos dados do Boletim Epidemiológico de AIDS de 2016, levantamento o qual estimou que das pessoas infectadas pelo HIV, no ano de 2015, "50,4% dos homens tiveram exposição exclusivamente homossexual, bissexual (9%) e heterossexual (36,8%). Entre as mulheres, na mesma faixa etária, 96,4% dos casos se inserem na categoria de exposição heterossexual." (Brasil, STF, 2020, p. 4).

(6) Ainda hoje, no cenário da sociedade brasileira, há em relação à homossexualidade uma grande discriminação e preconceito, que acabam ocasionando a violação aos direitos humanos, assim como atingindo frontalmente os princípios da dignidade humana e da igualdade, visto que "homossexualidade não é doença, como muitos dizem erroneamente, e sim, uma orientação sexual que deve ser respeitada." (Bahia et al., 2018, p. 110).

(7) Segundo Sangy (2019, pp. 41-42), no início da epidemia o HIV/AIDS foi denominado como a doença dos 5-H, referindo-se a pessoas Homossexuais, Homofílicos, Haitianos, Heroinômanos (usuários de heroína) e Hookers (expressão da língua inglesa utilizada para denominar os/as profissionais do sexo), já que na época quase 100% dos casos eram diagnosticados em HSH, essas estatísticas foram se alterando com o passar do tempo e a epidemia passou por um processo de heterossexualização.

(8) A referida janela imunológica é um período em que já é possível que o indivíduo porte o vírus, porém, a produção de anticorpos se mantém tão baixa ao ponto de ser indetectável a existência do vírus durante esse período. (Sangy, 2019, p. 35).

Diante dos dados apresentados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, esse salientou que no caso de mulheres homossexuais o risco de transmissão não é elevado, portanto, essas não sofrem nenhuma categoria de restrição à doação, já no caso das doações realizadas por homens que fazem sexo com outros homens depreendem-se que o risco de transmissão de HIV é mais elevado; e que, em razão disso, faz-se necessária a maior rigorosidade de critérios para a doação por HSHs, defendendo assim, inexistir discriminação, pois "esse grupo pode doar sangue, desde que respeitado o prazo de 12 meses (período que, com segurança, talvez possa ser reduzido) - e também porque homossexuais do sexo feminino não estão sujeitas à inaptidão temporária." (Brasil, STF, 2020, p. 4).

Em igual sentido, o Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação, observando que, por mais que se reconheça que o risco de contágio não se dê em razão da orientação sexual do doador "a alta incidência de contaminação observada, quando comparada com a população em geral, fundamenta a cautela implementada pelas autoridades de saúde, com o fim de potencializar a proteção da saúde pública." (Brasil, STF, 2020, p. 4).

O Ministro Relator (Brasil, STF, 2020, p. 15) ressaltou que, é exatamente a pretexto de proteger os receptores de sangue que a Portaria do Ministério da Saúde e a Resolução da Anvisa desrespeitam a identidade de indivíduos integrantes desse grupo em razão de sua orientação sexual[9], de modo que as "normas limitam sobremaneira a doação de sangue de um grupo específico de pessoas pelo simples fato de serem como são, de pertencerem a uma minoria, e não por atuarem de maneira arriscada", empregando, com isso, um tratamento segregacionista, desrespeitoso e desigual, conduta essa que é reprimida pelo Ministro Edson Fachin no seguinte trecho:

> Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. Isso é tratar tais pessoas como pouco confiáveis para ação das mais nobres: doar sangue. A evitação do receio de doação de sangue possivelmente contaminado há de seguir os mesmos protocolos que acabam por vedar a utilização de sangue de pessoas doadoras que praticaram ou se submeteram a condutas arriscadas e que, portanto, podem ter sido, de alguma forma, expostas à contaminação. É preciso, pois, reconhecer aquelas pessoas, conferir-lhes igual tratamento moral, jurídico, normativo, social (Brasil, STF, 2020, p. 15).

No mesmo sentido que o Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso votou pela inconstitucionalidade de ambos os dispositivos em comento, por considerar que esses restringem desproporcionalmente os direitos fundamentais da comunidade LGBT, em especial os homossexuais masculinos, em razão da insustentabilidade do critério da inaptidão por 12 meses, já que, na atualidade, os exames laboratoriais são capazes de eliminar o risco de que o teste seja um falso negativo, ou seja, os normativos pecam pelo excesso de lapso temporal de inaptidão (Brasil, STF, 2020, Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).

Seguindo a corrente majoritária, a Ministra Rosa Weber ressaltou seu entendimento de que as normas impugnadas fornecem resultados discriminatórios, pois, "a rigor, desconsideram, por exemplo, o uso de preservativo ou não, o fato de o doador ter ou não um parceiro fixo, que, a meu juízo faria toda a diferença para efeito de definição de uma conduta de risco" (Brasil, STF, 2020, Voto da Ministra Rosa Weber).

Divergindo da corrente majoritária, o Ministro Alexandre de Moraes votou pela procedência parcial da ação; defendeu a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde -que elenca a inaptidão por HSHs por 12 meses-, e a parcial nulidade para a exclusão do trecho que menciona a abstinência por 12 meses na redação do art. 25, XXX da Resolução da Anvisa e dar a alínea "d" desse dispositivo interpretação conforme a Constituição para que se reconheça possível que homens que fazem sexo com outros homens sejam considerados aptos para doação sanguínea, contanto que sejam realizados os testes imunológicos com estrita observância aos protocolos e após a passagem do período da janela imunológica estipulada pelas autoridades de saúde, a fim de que se evite qualquer hipótese de propagação de contaminação (Brasil, STF, 2020, Voto do Ministros Alexandre de Moraes).

(9) Bahia et al. (2018, p. 103), salienta que no vigente Estado Democrático de Direito a liberdade de escolha da orientação sexual por cada indivíduo é essencial para o seu desenvolvimento, bem como para a promoção da dignidade da pessoa humana não apenas como um princípio teórico como também prático.

O Ministro Relator ainda defendeu serem as normas em debate violadoras dos direitos à igualdade e não-discriminação para com os homossexuais masculinos, ao passo que vedam a fruição de duas dimensões do direito de personalidade desses – o exercício do ato empático de ser doador de sangue e o de poder viver sua sexualidade irrestritamente (Brasil, STF, 2020, p. 36). Ainda debruçou-se sobre tal questão elucidando que o direito a não-discriminação dialoga diretamente com a proteção disposta no art. 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual obriga os Estados Partes a adotarem condutas de respeito aos direitos e liberdades, bem com comprometem-se a garantir o exercício livre e pleno aos direitos elencados na Convenção sem que haja qualquer espécie de discriminação seja "por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social." (Brasil, STF, 2020, p. 36).

Contudo, foi possível notar a preocupação da Suprema Corte Brasileira em adotar um posicionamento que além de estar a par do elevado défice de doações nos hemocentros Brasileiro -especialmente no momento de crise pandêmica que acomete o Brasil e o mundo-, de igual forma está atento e concatenado com os avanços na área da medicina, os quais já possibilitam garantir que a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais e/ou suas companheiras possam acontecer de maneira segura -tanto para doador quando ao receptor-, sem risco de transmissão de qualquer tipo de enfermidade, antes mesmo do prazo de inaptidão constante nas normas declaradas inconstitucionais, visto a diminuição do período para verificação da janela imunológica.

Dessa maneira, aparentemente, o poder judiciário demonstra, uma vez mais, adotar posicionamentos que vão além da simples interpretação constitucional, mas sim adotam uma postura no sentido de busca pela concretização dos princípios da igualdade e da não-discriminação buscando erradicar condutas de cunho segregacionista que impossibilitam que determinadas grupos -no caso em comento as minorias sexuais- possam gozar livremente de seus direitos fundamentais.

3. A Portaria da Agência Nacional De Vigilância Sanitária e a (não) superação da decisão do Supremo Tribunal Federal

Como analisado até aqui, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em 2016, objetivava a declaração de inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. O artigo 64[10] da Portaria trazia as inaptidões para a doação de sangue, pelo período de 12 meses, constando, dentre estas, homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou suas parceiras sexuais, enquanto a Resolução da Anvisa, que dispõe sobre as boas práticas no ciclo do sangue, em seu artigo 25[11], disciplina também os parâmetros

(10) Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:
I - que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;
II - que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;
III - que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;
IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;
V - que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea;
VI - que tenha vivido situação de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, durante os últimos 12 (doze) meses, ou os parceiros sexuais dessas pessoas;
VII - que tenha feito "piercing", tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança do procedimento realizado;
VIII - que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e
IX - que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico. (BRASIL, ANVISA, https://saude.rs.gov.br).

(11) Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:(...)
XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

de seleção dos doadores, considerando os HSHs inaptos pelo mesmo período.

O debate sobre a constitucionalidade dessas normas centrou-se na classificação de um grupo específico como grupo de risco por sua própria orientação sexual,[12] o que ofenderia o direito à igualdade, visto que as demais inaptidões se relacionam com condutas de risco, como ter tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, com desconhecidos ou pessoas que sofreram violência sexual, por exemplo (Brasil, ANVISA, 2014). Na ADI 5543/DF enfrentou-se de maneira aprofundada a discussão acerca da ofensa a igualdade, não sendo objeto da presente pesquisa discutir a existência ou não de uma violação ao direito de igualdade, mas sim, compreender a partir do posicionamento jurisdicional firmado, o posicionamento executivo sobre o tema que deste decorre.

As teorias dialógicas[13] permitem, nesse sentido, discutir a realização de um diálogo entre os Poderes do Estado que vise uma maior efetivação de direitos fundamentais e construa caminhos para melhores decisões, argumentativamente consideradas. As teorias do diálogo sustentam, assim, uma superação da noção de última palavra definitiva (Mendes, 2008), que, via de regra, é atribuída ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal. Afastam, contudo, tanto a existência de uma supremacia judicial, em que a última palavra cabe ao Judiciário, quanto de uma supremacia legislativa, em que a decisão judicial sempre será superada pela criação legislativa (Brandão, 2012).

As primeiras defendem que os juízes estariam em melhores condições de decidir, por possuírem capacidade técnica e não estarem tão vinculados à representação popular (Brandão, 2012), enquanto as segundas se valem de argumentos de autoridade que colocam o Poder Legislativo no topo da escala hierárquica e em melhores condições de deliberação sobre as mais diversas temáticas, não podendo ser desafiado (Mendes, 2008). Leal e Argulhes (2016, p. 204) criticam também a utilização de argumentos que se pautam em capacidades institucionais assimetricamente consideradas, em que a capacidade de uma instituição é discutida com foco em seus limites de atuação enquanto a a ela comparada é vista de forma idealizada, fazendo com que "nesses raciocínios assimétricos, a resposta para a pergunta "quem deve decidir?" penda facilmente para a instituição idealizada".

A adoção de uma perspectiva dialógica na arena de debate público pauta-se sobre a noção de que as decisões, tomadas por qualquer um dos três Poderes do Estado, passem a ter "um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas, [em que] cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões" (Clève & Lorenzetto, 2015, p. 189). A atribuição desse caráter parcialmente definitivo é, portanto, o ponto central das teorias dialógicas, afastando a ideia de definitividade da decisão judicial que estrutura o ordenamento brasileiro.

Considerar a possibilidade de superação de uma decisão proferida de forma legítima por um dos Poderes do Estado permite o reconhecimento da falibilidade das instituições (Brandão, 2012) e abre espaço para a construção de decisões melhores fundamentadas e que podem ser permeadas

---

a) indivíduos que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;
b) indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;
c) indivíduos que tenham sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;
d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;
e) indivíduos que tenham tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea ou as parceiras sexuais destes;
f) indivíduos que sejam parceiros sexuais de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou hemoderivados (transplantes); e
g) indivíduos que possuam histórico de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, ou seus parceiros sexuais; (Brasil, Ministério da Saúde, https://bvsms.saude.gov.br).

(12) Trazendo uma respectiva histórica da vedação imposta aos homossexuais para o exercício da doação sanguínea, Cardinali (2017, p. 60) afirma que "A origem desta vedação se relaciona ao início da epidemia de AIDS, que atingiu em seus primeiros anos a população masculina homossexual de maneira muito mais pronunciada, a ponto de vir a ser conhecida como "peste gay" ou "câncer gay". Em idêntico sentido, Séguin (2002, pp. 216-218) afirma que, "atualmente, a AIDS é a patologia que cria uma discriminação e provoca intolerância, ela cresce exponencialmente, já matou mais do que às duas guerras mundiais juntas.". Diante disso, a autora assevera que desde a descoberta da doença, na década de 80, a AIDS já apresentava um grande fator de discriminação por ser associada as pessoas homossexuais, tanto que, inicialmente, a doença era conhecida como "câncer gay".

por novos argumentos. A adoção de posturas dialógicas permite uma releitura interessante: olhar os velhos desenhos isntitucionais já existentes com uma nova ótica, que reconheça as tensões, próprias do constitucionalismo, que se dão entre os compromissos do governo e a as limitações que são apresentadas pelas maiorias (Tushnet, 2014).

A existência de um diálogo entre poderes admite a distribuição de funções entre os Poderes e a compensação de um poder com outro, configurando-se como um mecanismo que possibilita a troca de motivos institucionais que amparam as decisões (Mendes, 2014). Com isso, o processo de tomada de decisão torna-se, desse modo, mais deliberativo[14] e aberto, o que faz, na esfera jurisdicional, com que os juízes "recommend, but do not mandate, a particular course of action based on a rule or principle in a judicial case or controversy" (Katyal, 1997, p. 1710).

Assim, "dialogue theories focus on the institutional process through which decisions about constitutional meaning are made, suggesting that this involves the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors" (Bateup, 2005, p. 11), sejam esses atores os Poderes Legislativo ou Executivo ou suas instituições, o que Friedman (1993) classifica como o "corpo politico". Neste processo, os Tribunais podem -e em uma perspectiva dialógica exógena[15], devem- tornar-se condutores do diálogo, com virtudes ativas que são voltadas à essa promoção (Bickel, 1961) ou mesmo alimentando um faro político que permita que sejam identificadas, pelo Poder Judiciário, situações propícias ao diálogo (Mendes, 2008).

Sustenta-se, deste modo, em uma conotação emotiva que é favorável ao apelar para a resolução de conflitos institucionais de forma respeitosa e civilizada, superando antagonismos políticas eventualmente existentes (Gargarella, 2014), convidando a cada um dos atores a uma conversa amigável e amparada por bons argumentos. Fragilizada essa troca entre os Poderes, quando não trazidos novos debates ao espaço dialógico ou "na ausência de argumentação idônea a suplantar os fundamentos invocados na decisão proferida pelo STF, o diploma legislativo editado com o objetivo de superar o entendimento firmado (...) não subsistirá" (Barbosa & Lima, 2018, p. 120) diante de nova análise judicial, não ocorrendo um diálogo frutífero que privilegie direitos fundamentais.

Assim, é possível afirmar as teorias dialógicas não se preocupam com um modelo ideal de juiz ou de legislador, e sim na compreensão da importância da tarefa dialógica proposta, que se dará por meio da interlocução entre tais atores (Mendes, 2008). Tem-se a preocupação com a realização da interlocução e não diretamente com os representantes dos Poderes -que sim, precisam adotar posturas abertas ao diálogo- centrando-se o foco das teorias dialógicas na engrenagem institucional existente e no seu melhor funcionamento.

Não se trata, portanto, de uma mera substituição de decisões políticas que não dá fim a um debate constitucional, mas sim da adoção de uma postura dialógica, por parte dos atores envolvidos, voltada a uma superação argumentativa da decisão anterior, demonstrando as razões que tornam o novo posicionamento melhor – e, na ótica aqui

(13) Como destaca Mendes (2008, p. 99), as teorias dialógicas "dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata propriamente de um método de interpretação, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes por "dialogar". Nessa categoria, teorias são predominantemente empíricas, mas a fronteira entre argumentos positivos e normativos torna-se gradualmente nebulosa. Com freqüência (*sic*), proposições descritivas influenciam o próprio comportamento das instituições que participam do diálogo, o qual passa a ser uma razão invocada para a escolha decisória, como se verá no caso canadense.
A primeira, portanto, tem um caráter endógeno e a segunda aponta para o fenômeno exógeno, menos dependente da postura de cada instituição".

(14) Como destacam Moraes & Leal (2020), as teorias deliberativas podem fornecer às teorias dialógicas algumas contribuições, como uma abertura a um debate racional, o fortalecimento de uma argumentação dialógica em que sejam apresentados pontos favoráveis e desfavoráveis ao posicionamento anterior, a definição de um procedimento que seja legítimo para a produção de acordos e a produção de melhores decisões e interpretações em razão da necessidade de justificação das decisões que são tomadas.

(15) Para uma leitura sobre as classificações das teorias dialógicas em exógenas e endógenas, *veja* (Mendes, 2008).

(16) Importante pontuar a ressalva apontada por Bateup (2005, p. 59), que destaca que "it will first be important to examine the extent to which these broad dialogic dynamics currently exist, before beginning to think about the best ways in which these systems can be modified or adapted to incorporate more completely this judicial role of facilitating broader constitutional discussion", discussão essa que outorgaria ao Poder Judiciário um importante papel na construção de um diálogo ideal.

adotada, que melhor efetive direitos fundamentais. Tushnet (2014, não paginado) estabelece um modelo ideal de diálogo[16], que bem ilustra a questão:

> La Legislatura promulga una ley que luego es declarada inconstitucional por la Suprema Corte al violar lo que la Corte entiende por protección constitucional a la libertad de expresión. La Legislatura puede responder de distintas formas. Por ejemplo, señalando que la Suprema Corte, servicialmente, ha dirigido su atención a un problema constitucional que la Legislatura había ignorado o infravalorado antes. Por lo tanto, al centrar su atención en la cuestión constitucional, puede que termine estando de acuerdo con la interpretación de la Corte y modifique la ley para que sea consistente con esa interpretación. O, algo aún más interesante, puede que la Legislatura concluya, luego de deliberar, que encuentra una interpretación de la provisión de la libertad de expresión según la cual la ley original era constitucional y, sin modificación alguna, más razonable que la de la Corte.

Tomando-se como base essa estrutura de diálogo proposta pelo autor, observa-se que no caso ora analisado, em tese, o diálogo se estabelece entre os Poderes Executivo, por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e do Ministério da Saúde, e Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal. Tem-se, assim, uma normativa executiva definida – artigos 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada -RDC n. 34/2014 da Anvisa- seguida da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF, que explora as razões e fundamentos que levaram a sua declaração de inconstitucionalidade.

Após a decisão proferida, em caráter parcialmente definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através de nota técnica divulgada, oito (08) dias após a decisão judicial, no sítio oficial da agência, determina que "até o julgamento final da ADI 5543, os serviços de hemoterapia em todo o país devem seguir as regras estabelecidas pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa" (Brasil, ANVISA, 2020) e que, portanto as "normas da RDC 34 permanecem em vigor" (Brasil, ANVISA, 2020) Destaca a nota oficial que:

> A Anvisa esclarece que, até o encerramento definitivo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543, as regras previstas na Portaria de Consolidação 5/2017 – Anexo IV do Ministério da Saúde (MS) e na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014 da Agência sobre doação de sangue devem ser seguidas normalmente pelos serviços de hemoterapia públicos e privados em todo o país. (...)
>
> O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu, em 8 de maio, o julgamento da ADI 5543, tendo considerado inconstitucionais os dispositivos do MS e da Anvisa que consideram inaptos temporariamente para doação de sangue "homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes".
>
> A Anvisa aguarda a publicação do acórdão do STF sobre o julgamento para analisar as medidas administrativas e judiciais cabíveis, inclusive eventual apresentação de recurso sobre o tema. Assim sendo, enquanto não houver o julgamento final da ADI 5543, estão mantidas as normas vigentes.

Com isso, percebe-se que a Anvisa não apresenta novos argumentos ou razões para que a decisão jurisdicional seja implementada, restringindo-se a manifestação oficial a reafirmar a validade da normativa declarada inconstitucional e indicar a adoção de medidas administrativas e judiciais cabíveis após a publicação do acórdão judicial. Aproximadamente um mês após o posicionamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por meio da nota referida, em 08 de julho de 2020, é publicada no Diário Oficial da União (DOU), a Resolução da Diretoria Colegiada 399, de 7 de julho de 2020, determinando que:

> Art. 1 Fica revogada a alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 34, de 11 de junho de 2014, que dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Art. 2º A Gerência de Sangue, Tecidos, Células e Órgãos – GSTCO/DIRE1/ANVISA elaborará orientação técnica a respeito do gerenciamento dos riscos sanitários e das responsabilidades pertinentes aos serviços de hemoterapia públicos e privados em todo o país e aos demais atores envolvidos em virtude do disposto no art. 1º (Brasil, ANVISA, 2020).

A Resolução não apresenta, de mesma forma, razões que sustentassem o posicionamento inicial da própria agência, por ela revisto na Resolução, limitando-se a revogar a normativa declara inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal um mês antes. Em razão do exposto, reforça-se a inexistência de fundamentos que sustentem qualquer um dos posicionamentos adotados pela Anvisa, seja contrariando a decisão judicial ou adotando o posicionamento nela disposto. Não há, assim, a possibilidade de se falar em um diálogo institucional em qualquer dos momentos, dado que, ao reforçar seu posicionamento inicial, divergindo da decisão judicial, não são oferecidas razões para a mudança de entendimento, e ao determinar a revogação, de mesmo modo, não há qualquer exposição de motivos, existindo, apenas, o cumprimento de uma decisão judicial.

4. Considerações finais

Inicialmente, nosso estudo perpassou pelos fundamentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao debate quanto à adequação ou desproporcionalidade do prazo de inaptidão previsto nos normativos do Ministério da Saúde e da Anvisa. Percebeu-se que a Corte, mais uma vez, resguardou os diretos a igualdade e não-discriminação ao considerar que as normas em comento apresentavam um lapso de tempo injustificável e desproporcional de abstinência sexual para que HSHs e suas parceiras fossem considerados doadores aptos. Dessa maneira, ao declarar a inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal não apenas resguardou o direito ao tratamento igualitário, bem como asseverou a superação da utilização do critério de grupo de risco, reconhecendo ser adequada a adoção do critério da conduta de risco.

A partir da análise da decisão passou-se a verificação da (in) existência de diálogo entre o Poder Executivo -ora representado pela Anvisa e pelo Ministério da Saúde- e o Poder Judiciário -representado pelo STF-, em razão do julgamento da ADI n. 5543/DF. A questão foi analisada levando em consideração o posicionamento recalcitrante adotado pela Anvisa após a decisão do Supremo Tribunal Federal, já que posteriormente ao julgamento a agência reguladora, através de nota técnica, proferiu recomendações aos hemocentros Brasileiros em sentido oposto ao da decisão, orientando-os à manter o procedimento e os critérios estabelecidos na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014 e a posterior retificação de seu posicionamento revogando o dispositivo da Resolução já declarado inconstitucional anteriormente pelo STF.

Conclusivamente, rememorando o problema de pesquisa proposto: "há um diálogo entre poderes em relação ao posicionamento adotado pelo STF na ADI 5543 e a posterior orientação da Anvisa que preconiza a manutenção dos critérios de inaptidão para doação de sangue por HSHs?", Pode-se afirmar que inexiste um diálogo institucional, já que ao contrariar a decisão do Supremo Tribunal Federal a Resolução da Anvisa não demonstra motivação justificável para discordar do posicionamento do STF, assim como o mais atual posicionamento da Anvisa, o qual revogou o dispositivo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não realiza um diálogo em si, mas sim o cumprimento de uma decisão judicial, a medida em que não se comunica de forma argumentativa com a decisão do STF ou mesmo a do próprio órgão em sentido oposto.

Referências bibliográficas

Anvisa: Agência Nacional De Vigilância Sanitária. (2014, 11 de Junho). Resolução - RDC 34. *Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue*. Diário Oficial da União. https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf

Anvisa: Agência Nacional De Vigilância Sanitária. (2020). *Hemoterapia: Doação de sangue: normas da RDC 34 permanecem em vigor*. http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doacao-de-sangue-normas-da-rdc-34-permanecem-em-vigor/219201

Anvisa: Agência Nacional De Vigilância Sanitária. (2020, 07 de junho). Resolução da Diretoria Colegiada - RDC N 399. *Revoga a alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC 34, de 11 de junho de 2014, que dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue, em cumprimento à ordem judicial*. Diário Oficial da União. https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-de-diretoria-colegiada-rdc-n-399-de-7-de-julho-de-2020-265632424>.

Bahia, A. G. M. F. de M.; Ribeiro, G. V.; Amorim, L. D. (2018). LGBT: sociedade plural e a busca pelo direito igualitário. Em Deslandes, Keila (Coord.). *Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos* (pp. 103-115). Editora Autêntica.

Barbosa, A. & Lima, M. (2018). Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional Brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, *5*(1), 109-128. http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55825

Bateup, C. (2005). The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, *11*, 1-88.

Bickel, A. (1961). Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, *75*, 1961-1962.

Brandão, R. (2012). *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Editora Lumen Juris.

Cardinali, D. (2017). Direitos LGBT e cortes constitucionais latino-americanas: Uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. *Revista da Faculdade de Direito-UERJ.*, *31*, 25-68. https://doi.org/10.12957/rfd.2017.27325

Clève, C. & Lorenzetto, B. (2015). Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, *2*(3), 183-206. http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534

Friedman, B. (1993). Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, *91*, 577-682. https://doi.org/10.2307/1289700

Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y

contrapesos. In Gargarella, R. (coord.) *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores.

Katyal, N. (1997). Justices as Advicegivers. *Stanford Law Review*, *50*, 1709-1824. https://doi.org/10.2307/1229240

Leal, F. & Argulhes, D. (2016). Dois problemas de operacionalização do argumento de "capacidades institucionais" *Jornal of Institutional Studies: Revista de Estudos Institucionais*, *2*(1), 192-213. https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.40

Mendes, C. (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação* [Tese de Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo].

Mendes, C. (2014). Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp.159-185). Siglo XXI Editores.

Ministério da Saúde. (2016, 4 de fevereiro). Portaria n. 158. *Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos*. Diário Oficial da União. https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html

Moraes, M. & Leal, M. (2020). O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre Poderes no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, *3*, 32-48. https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i31268

Naia, H. (2015). *O direito à diversidade: Do Estado Moderno ao Estado Plurinacional*. Lumen Juris.

Sangy, T. (2019). *Fatores sóciocomportamentais de doadores de sangue associados a resultados sorológicos de HIV em quatro hemocentros Brasileiros*. [Tese do Doutorado, Instituto de Medicina Tropical de São Paulo - Universidade de São Paulo]. www.teses.usp.br/teses/disponiveis/99/99131/tde-06032020-085550/publico/Tassilacorrigida.pdf.

Séguin, E. (2002). *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Forense.

Supremo Tribunal Federal. (2020, 08 de maio). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF. https://www.youtube.com/watch?v=_wAgtSYEJQo

Supremo Tribunal Federal. (2020, 08 de maio). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495

Supremo Tribunal Federal. (2020). Certidão de julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543. Plenário, Sessão Virtual de 1 de maio de 2020 a 8 de maio de 2020. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495

Tushnet, M. (2014). Revisión judicial dialógica. In: Gargarella, R. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.010

El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: Comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana(*)

The principle of judicial non interference in arbitrations: Comments on Article 3 of the Peruvian Arbitration Law

Raffo Velásquez Meléndez(**)
Baxel Consultores (Lima, Perú)

Juan Chang Tokushima(***)
Baxel Consultores (Lima, Perú)

Resumen: Las virtudes del arbitraje dependen del principio de no interferencia judicial en su trámite y de un régimen limitado de control judicial posterior de los arbitrajes. Sin embargo, existe mucha confusión y complejidad en la articulación de las distintas vías procesales de control aplicables a los arbitrajes, la oportunidad de su activación y sus alcances. El artículo 3 de la Ley de Arbitraje consagra el principio de no interferencia judicial, pero necesita ser comprendido dentro de todo el entramado de defensas procesales existentes. Para esos propósitos, la historia de la jurisprudencia nacional y comparada juega un papel sumamente relevante.

Palabras clave: Arbitraje - Laudos - Amparo - Anulación de laudos - Terceros - Poder Judicial - Jurisprudencia constitucional - Jurisprudencia comparada - Perú

Abstract: The virtues of arbitration depend on the principle of judicial non-interference in its proceedings and on a limited regime of subsequent judicial control of arbitrations. However, there is a lot of confusion about the articulation of the different procedural control channels applicable to arbitrations, the timing of their activation and their scope. Article 3 of the Arbitration Act establishes the principle of judicial non-interference, but it needs to be understood within the entire framework of existing procedural defenses. For these purposes, the history of national and comparative jurisprudence plays an extremely relevant role.

Keywords: Arbitration - Awards - Annulment of awards - Third parties - Judicial Power - Constitutional jurisprudence - Comparative jurisprudence - Peru

---

(*) Nota del editor: este artículo fue recibido el 12 de noviembre de 2020, y su publicación fue aprobada el 7 de abril de 2021.

(**) Magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli studi di Palermo; Posgrado en Arbitraje Comercial Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio de Baxel Consultores. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1208-5959. Correo electrónico rvelasquez@baxel.pe.

(***) Magíster en Economía, Regulación y Competencia de los Servicios Públicos, por la Universidad de Barcelona. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Baxel Consultores. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2655-6897. Correo electrónico: jchang@baxel.pe.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.011

Acerca dos crimes de perigo abstrato-concreto na doutrina geral dos crimes de perigo(*)

About the abstract-concrete danger crimes in the general doctrine of danger crimes

Sobre los delitos de peligro abstracto-concreto en la doctrina general de los delitos de peligro

Dana Rocha Silveira(**)
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (São Paulo, Brasil)

Fernando Andrade Fernandes(***)
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (São Paulo, Brasil)

Resumo: Os crimes de perigo, em contrapartida aos delitos de dano, consistem atualmente em categoria dogmática responsável por suscitar amplas discussões no âmbito jurídico-penal. Nesse sentido, considerando a conjuntura geral em que eles se encontram inseridos, bem como as discussões acerca de sua necessidade e legitimidade, perseguiu este artigo o objetivo de promover uma análise sobre a propositura do modelo dogmático dos crimes de perigo abstrato-concreto enquanto instrumento eficaz e garantista de tipificação penal. Para uma efetiva abordagem do tema, adotou-se por referencial teórico a teoria dos bens jurídico-penais, além dos métodos dedutivo e dialético, utilizando-se principalmente da técnica de pesquisa bibliográfica, aliada à pesquisa jurisprudencial. No que concerne aos resultados obtidos, verifica-se a conclusão pela imprescindibilidade dos delitos de perigo à sociedade pós-moderna, bem como pela sua legitimidade, desde que embasados em lastro material mínimo. Ademais, especificamente quanto aos delitos de perigo abstrato-concreto, constatou-se que estes constituem modalidade autônoma e intermediária de perigo, apesar de ainda muito inexplorados, demandando aprofundados estudos na área, de modo a possibilitar sua correta aplicação.

Palavras-chave: Crimes de perigo - Perigo abstrato-concreto - Legitimidade - Materialidade - Estado Democrático de Direito - Eficiência e garantismo penal

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 29 de enero de 2021 y su publicación fue aprobada el 29 de marzo de 2021.

(**) Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP/Franca (2019 - atual). Desenvolve pesquisa em Direito Penal, com ênfase no estudo do Direito Penal Econômico. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5237-4221. Correo electrónico: danarocha@hotmail.com.

(***) Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1987), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (2000) e pós-doutorado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Atualmente é professor assistente doutor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Tem experiência na área das Ciências Jurídico-Criminais, com ênfase em Direito Penal, Política criminal e Criminologia, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal Secundário (Direito Penal Tributário, Direito Penal Ambiental, Direito Penal das Relações de Consumo, Direito Penal Informático), Crimes de Corrupção, Crimes de Lavagem de Ativos Ilícitos, Tendências criminológicas contemporâneas, a influência da política criminal no Sistema Jurídico-Penal, Direito Penal e Constituição. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6801-3356. Correo electrónico: feranfer@uol.com.br.

Resumen: Los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de daño, constituyen en la actualidad una categoría dogmática responsable de suscitar amplias discusiones en el ámbito jurídico-penal. En este sentido, considerando la coyuntura general en la que se insertan, así como las discusiones sobre su necesidad y legitimidad, este artículo persiguió el objetivo de promover un análisis de la proposición del modelo dogmático de los delitos de peligro abstracto-concreto como un efectivo instrumento y garante de la tipificación penal. Para un abordaje efectivo del tema, se adoptó como marco teórico la teoría de los bienes jurídicos y penales, además de los métodos deductivo y dialéctico, utilizando principalmente la técnica de la investigación bibliográfica combinada con la investigación jurisprudencial. En cuanto a los resultados obtenidos, se concluye que los delitos de peligro para la sociedad posmoderna son indispensables, así como legítimos siempre que se basen en un mínimo lastre material. Además, específicamente, en lo que respecta a los delitos de peligro abstracto-concreto, se constató que estos constituyen un modo de peligro autónomo e intermedio, aunque todavía en gran parte inexplorado; ya que se requiere estudios en profundidad en el área con el propósito de posibilitar su correcta aplicación.

Palabras clave: Delitos de peligro - Peligro abstracto-concreto - Legitimidad - Materialidad - Estado Democrático de Derecho - Eficacia y garantía penal

Abstract: Crimes of danger, unlike crimes of harm, currently consist of a dogmatic category responsible for provoking wide-ranging discussions in the criminal-legal area. In this sense, considering the general conjuncture in which they are inserted, as well as the discussions about their necessity and legitimacy, this article pursued the objective of promoting analysis of the dogmatic model of abstract-concrete danger crimes as a proposition of an effective and guaranteed instrument of criminal typification. For an efficient approach to the theme, the theory of legal good's protection was adopted as a theoretical mark, besides the deductive and dialectical methods, using mainly the bibliographic research technique, combined with jurisprudential research. Concerning the results obtained, the verified conclusion is that the crimes of danger are indispensable to the Postmodern Society, as well as legitimate, provided they are based on minimal material reasoning. Furthermore, specifically regarding the abstract-concrete danger crimes, it was found that these constitute an autonomous and intermediate modality of danger, although still largely unexplored, requiring in-depth studies in the area, to enable their correct application.

Keywords: Endangerments - Abstract-concrete danger - Legitimacy - Materiality - Democratic State of Law - Penal efficiency and guarantee

1. Introdução

Os crimes de perigo, enquanto modelo dogmático de intervenção penal, suscitam notórias controvérsias desde sua concepção. Com efeito, enquanto os delitos de lesão exigem para sua consumação o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, como ocorre com a vida no caso do homicídio, nos crimes de perigo a afetação demandada do bem jurídico protegido é diversa e não envolve lesão, mas mera colocação em perigo deste, ocasionando problemas de legitimidade que variam conforme a técnica legislativa envolvida.

Assim, acerca dos delitos de perigo concreto, estes contam com grande consenso doutrinário no sentido de que exigem para sua consumação a exposição concreta do bem jurídico a perigo, o que é verificado a partir de análise *ex post* da situação (Mendoza, 2001, p. 21)[(1)], gerando, portanto, menores dificuldades de legitimação à medida que pressupõem a análise dos elementos das circunstâncias de fato para sua imputação.

Não obstante, tendo em vista que essa categoria de delitos alegadamente não é capaz de fornecer respostas adequadas a todas as necessidades pós-modernas de criminalização, sobretudo por dificuldades probatórias, surge a modalidade do perigo abstrato, suscitando verdadeiras controvérsias. Nesse sentido, com menor consenso, mas de acordo com a maior parte da doutrina, esses delitos consistem na criminalização pelo legislador de condutas previamente consideradas perigosas, acarretando, portanto, uma presunção de perigo que não precisa concretamente ocorrer na situação de fato (Mendoza, 2001, p. 21)[(2)]. Em outras palavras, a periculosidade da conduta não é analisada a partir dos elementos circunstanciais desta, mas decorre de uma ficção ou presunção legislativa.

(1) Nesse sentido, argumenta Mendoza Buergo que: "Por su parte los delitos de peligro concreto encuentran em la doctrina una configuración más uniforme y menos discutida en cuanto a las notas que la caracterizan. Así, la opinión más extendida es la que entiende que en este grupo el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el Juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta (...)" (Mendoza, 2001, p. 21).

(2) Na mesma linha, Mendoza Buergo entende que nos delitos de perigo abstrato "(...) la opinión mayoritaria considera que el legislador,

Diante disso, é importante destacar que a diferença entre ambas as categorias de perigo não reside no nível de afetação do bem jurídico, dado que o perigo abstrato não pode ser considerado menos arriscado ao bem jurídico que o perigo concreto, mas na forma de afetação deste – ou seja, na técnica de tipificação (Mendoza Buergo, 2001, p. 18).

Ocorre que, por partir de elementos dogmáticos de menor concretude na avaliação da periculosidade da conduta, vez que esta consistiria em uma presunção, as questões de legitimidade suscitadas em relação ao perigo abstrato são muito mais profundas do que as proporcionadas pelo perigo concreto, gerando questionamentos sobre a possível violação de princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como a intervenção mínima ou a lesividade. Em resumo: "los problemas de legitimidad surgen ante la posibilidad de incriminar hechos y llegar a imponer una pena aunque no muestren una peligrosidad suficiente que justifique la intervención penal" (Mendoza, 2001, p. 339).

Contudo, apesar das dificuldades relativas à sua legitimidade, tal categoria de delitos vem sendo cada vez mais privilegiada pelos legisladores, sobretudo em áreas cuja intervenção penal é produto das necessidades pós-modernas, como ocorre com o Direito Penal Econômico. Alguns autores chegam a defini-la até mesmo como premente necessidade da atual sociedade, dada a complexidade dos novos delitos, bem como a dificuldade probatória dela derivada (Kubiciel, 2017, p. 5)[3].

É justamente em meio a tal polêmica que surge a proposição dos delitos de perigo abstrato-concreto, enquanto categoria intermediária que seria capaz de suprir, em certa medida, as demandas das sociedades pós-modernas, sem se dissociar de elementos garantistas inerentes ao sistema penal contemporâneo. Com efeito, esta modalidade de delitos constitui o objeto de estudo do presente trabalho, de modo a se promover a análise de sua estrutura dogmática, bem como da utilidade político-criminal, com a finalidade de tecer conclusões acerca de sua viabilidade para o Direito Penal. Para tal, se utilizará dos métodos dedutivos e dialético, aliados às técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. Da imprescindibilidade dos crimes de perigo à sociedade contemporânea

A sociedade contemporânea é marcada por inúmeras características singulares que a distingue dos demais modelos societários anteriormente existentes. Com efeito, iniciado o processo na sociedade moderna, verifica-se na sociedade contemporânea uma acentuação do enfoque à racionalidade, ao progresso científico, bem como ao sistema econômico, ainda que em uma perspectiva reflexiva. Na condição de sociedade pós-industrial, sobressai-se também pela alta complexidade, refletida no processo de globalização que integra relevante parte das comunidades mundiais.

Nesse cenário, em meio a busca irrefreável pelo desenvolvimento, baseada na ampliação do conhecimento nas mais diversas áreas, a informação se tornou o componente essencial dos tempos atuais, controlando toda a estrutura social, desde o processo de formação de profissionais capazes até as maiores trivialidades cotidianas. Na fabricação em larga escala dos mais diversos bens e serviços, não poderia ser diferente. Contudo, tendo em vista o acelerado processo de produção pós-industrial destes, tem-se que, apesar da disseminação irrefreada da informação, o conhecimento acerca dos riscos gerados pelos projetos desenvolvimentistas não é capaz de alcançar a mesma velocidade de criação de tais projetos – o que acarreta a existência de uma sociedade em que se prolifera não só a informação, mas também elevados fatores de risco (Beck, 2010)[4].

---

sobre la base de juicios de experiencia, selecciona formas de comportamiento 'típicamente' peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que en el caso concreto haya de producirse una concreta puesta em peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido por la norma" (Mendoza, 2001, p. 21).

(3) Argumenta Michael Kubiciel que: "Con todo, existen no pocos indicios que sugieren, por lo menos en el corto plazo, una tendencia hacia la ampliación del sistema de los delitos de peligro abstracto en el Derecho penal económico. (...) Se ha difundido esta tendencia junto con la hipótesis de que el legislador quiere eludir los problemas de prueba que plantean los delitos de resultado acudiendo a los delitos de peligro. Así, si pensamos en un ejemplo, podemos mencionar a la deslealtad funcional, un delito de peligro en el que se evitan los problemas para la determinación de la cuantía del daño o de la imputación del daño a una conducta ilícita concreta" (Kubiciel, 2017, p. 5).

(4) Referida sociedade foi denominada por Ulrich Beck como "Sociedade de Risco", conforme conceito criado na década de 1980. Nesse sentido, *veja-se Sociedade de Risco*: rumo a uma outra modernidade.

Tais circunstâncias possuem notória influência sobre o Direito Penal contemporâneo à medida que este é chamado justamente a atender às demandas sociais mais urgentes, sanando-as (Fernandes, 2003, pp. 53-83)(5). Destarte, se antes se poderia tratar da existência de um Direito Penal tradicional, marcado pela existência de crimes essencialmente materiais e de resultado de lesão, como o roubo e o homicídio, concebe-se hodiernamente a existência de uma dogmática penal diferenciada, em que se busca interferir em âmbitos e esferas que antes dispensavam a atuação da norma penal, como é o caso da proteção ao meio ambiente ou aos sistemas financeiros, além do gerenciamento de riscos.

Todavia, em ordem a fornecer respostas adequadas às novas questões, faz-se necessária a utilização em larga escala de instrumentos e institutos penais antes pouco utilizados ou mesmo inexistentes. É o caso do modelo dogmático dos crimes de perigo, os quais, apesar de terem sido concebidos há anos, encontram-se em momento de proliferação tão acentuado que a discussão acerca de sua legitimidade, intimamente ligada à forma como são dogmaticamente estruturados, é colocada como uma das principais questões a ser respondida pelo Direito Penal moderno, originando um privilegiado objeto de estudo.

Nessa perspectiva, os delitos de perigo passam a ser utilizados de forma demasiada, abrangendo desde a criminalização de condutas nas quais existe relevante dificuldade probatória acerca de sua periculosidade, até aquelas nas quais não se tem qualquer noção sobre o potencial lesivo da ação – nestas se inserindo os delitos oriundos dos novos riscos gerados pelos processos produtivos. Destarte, havendo a disseminação de condutas arriscadas, das quais não se tem informações concretas relativas à sua lesividade, verifica-se que a intervenção penal através de dano seria ineficaz, visto que só penalizaria os riscos tornados em fato – restando como lacuna de punibilidade os casos em que o perigo não se transformou em lesão, mas poderia tê-lo feito.

Da mesma forma, com a necessidade de utilização da norma penal em novos âmbitos, faz-se necessária a ampliação dos interesses objeto de proteção penal, de modo que se passa a abarcar alguns bens que ainda não tinham sido elevados à dignidade penal ou, merecimento de pena (Fernandes, 2003, pp. 70-73). Trata-se aqui de interesses como o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, dentre outros, os quais, justamente em virtude de sua inserção no âmbito de uma sociedade complexa e globalizada, constituem bens jurídicos amplos e abstratos, cuja demonstração de sua afetação é demasiado complexa e, muitas vezes, inviável, demando novamente a utilização do perigo – neste caso, em sua modalidade abstrata.

Outras esferas específicas de utilização da norma penal, como é o caso dos delitos de natureza econômica, trazem também necessidades particulares que ocasionam a utilização do modelo dogmático do perigo. Nesse sentido, nos termos do que defende Michael Kubiciel, os crimes econômicos envolvem, por natureza, notórias dificuldades probatórias, o que pode ser atribuído à sua complexidade, levando ao fomento dos crimes de perigo abstrato em ordem de evitar variados obstáculos suscitados às condenações (2017, p. 5). Assim, também a categoria dos crimes de perigo, por mais dogmática que pareça, pode perfeitamente ser inserida em um contexto iniciado nas últimas décadas do Século XX, e acentuado contemporaneamente, que consiste em uma aproximação teleológica entre Direito Penal material e Processo Penal, enquanto se procura uma *complementaridade funcional* entre ambos, ainda que, lastimavelmente, o reconhecimento desta ideia seja restrito até o momento (Fernandes, 2001)(6).

(5) Nessa linha, defende Fernando Andrade Fernandes que: "Com efeito, somente um sentido de via dupla, de interferência recíproca, pode satisfatoriamente explicar as relações existentes entre modelo de Estado e modelo de Direito Penal. Ou seja, não é somente em um sentido de mão única, do Direito Penal para o modelo de Estado, ou vice versa, que se forma a relação entre ambos, mas sim as implicações são recíprocas, senão vejamos. Sendo, numa acepção lata, o estado uma das projeções de uma determinada organização social, de natureza institucional por óbvio, e havendo um certo consenso quanto ao ser o Direito um dos instrumentos de viabilização da co-existência em sociedade, no interior do qual o Direito Penal deve ser o último recurso, apega-se em demasia a essa capacidade de conformação social das normas jurídico-penais, conduzindo não só ao equivocado entendimento acerca do sentido unidirecional acima apontado, como, o que é mais grave, ao dimensionamento desmensurado dessa capacidade. Ou seja, se nos é lícito reconhecer que, em certa medida, o Direito Penal é chamado a atuar na vida em sociedade, no limite do mínimo necessário para a proteção e segurança jurídicas por meio das normas, indevida, e desborda a sua capacidade, é a atribuição às normas jurídico-penais da missão de dirigismo social, como meio de uma qualquer engenharia ou tecnologia social" (Fernandes, 2003, pp. 53-83).

(6) Em relação ao Ordenamento Jurídico brasileiro, mas não só, isto resulta evidente nos modelos de diversificação processual, concebidos em torno à criminalidade de pequeno e médio potencial ofensivo e, como uma atualização a este respeito, pode ser citada a questionável adoção dos mecanismos de "delação premiada" no âmbito da criminalidade grave. Nessa linha, *veja-se* Fernandes, F. (2003). Sobre uma opção jurídico-política e jurídico metodológica de compreensão das ciências jurídicas-criminais. In Costa, M. et al. (Coord.), *LIBER Discipulorum para Jorge de Figuereido Dias.* Editora Coimbra.

Por todos esses fatores, a sociedade pós-moderna não aparenta mais ser capaz de prescindir dos crimes de perigo e, principalmente, do perigo abstrato, visto que este se mostra mecanismo eficaz ao fornecimento de respostas adequadas às demandas sociais hodiernas, tratando-se da criminalização em esfera anterior à própria exposição dos bens juridicamente tutelados – ao contrário do perigo concreto. Apesar da sua imprescindibilidade, porém, há relevante controvérsia acerca da legitimidade de tal categoria dogmática em face de princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito.

3. Da legitimidade dos crimes de perigo em face de princípios fundamentais ao estado democrático de direito

Embora se tenha verificado a imprescindibilidade dos crimes de perigo à sociedade pós-moderna, é preciso ponderar que a flexibilização de critérios dogmáticos para atender a necessidades político-criminais não consiste em solução adequada no âmbito de um Estado Democrático de Direito e em face de princípios como a intervenção mínima, ao menos sendo necessária uma compatibilização entre momentos de funcionalidade e de garantia (Fernandes, 2001), de forma que o estudo mais aprofundado dos elementos dogmáticos do perigo abstrato e seus reflexos intrínsecos nas questões de legitimidade é medida que se impõe em ordem a fornecer resultados às amplas áreas em que o Direito Penal é chamado a atuar.

Nesse sentido, enquanto autores, como Günther Jakobs (2003, p. 25)[7], não encontram grandes dificuldades na legitimação nem mesmo do perigo abstrato, vez que, a partir da imputação normativa, embasada no funcionalismo sistêmico, dissocia completamente a função da norma com a proteção de bens jurídico-penais, atribuindo-a o objetivo de proteção da sociedade através da padronização de comportamentos, verifica-se que sob o enfoque da teoria de proteção dos bens juridicamente tutelados referida legitimação encontra, certamente, maiores dificuldades. Assim, há autores, como Silva Sánchez (2002, pp. 144-146), que, ao não entenderem pela estrita legitimidade desta categoria de delitos, realizam propostas de adequação, como é o caso da assertiva de um Direito Penal de duas velocidades[8].

Não obstante, objetiva-se demonstrar neste trabalho a perfeita adequação, por si só, desta categoria de delitos aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, ou seja, independe de adequações realizadas nos preceitos primários ou secundários do tipo.

Destarte, iniciando pelos delitos de perigo concreto, tem-se que nestes, conforme conceituação já apresentada, são analisados os elementos das circunstâncias de fato, a partir de exame *ex post*, para verificar se houve ou não a exposição a perigo do bem jurídico tutelado (Mendoza Buergo, 2001, p. 21). Dessa forma, a criminalização não parte de uma presunção, mas de uma constatação, estando intimamente ligada à observância de princípios como a intervenção mínima e a lesividade, dado que a utilização desta técnica de tipificação deve se dar apenas quando imprescindível. Ademais, o princípio da lesividade abarca não apenas condutas lesivas ao bem jurídico, mas também aquelas que sejam potencialmente capazes de causar lesões, de forma que, existindo análise *ex post* do perigo gerado, tal postulado encontra-se plenamente observado.

Em contrapartida, acerca do perigo abstrato, são suscitados maiores obstáculos à sua legitimação, vez que nestes o perigo consistiria em motivo do legislador para criminalização de condutas – e não elemento do tipo (Mendoza, 2001, p. 21). Assim, justamente para a tentativa de superação destes problemas de legitimação, a análise da estrutura dogmática desses delitos se

(7) Com efeito: "Para administração estatal de uma sociedade mais ou menos complexa nunca bastou o estabelecimento de normas contra a lesão de bens jurídicos (com o que não se pretende afirmar que não seja possível descrever com grande acerto a maior parte de muitas sociedades por meio da metáfora do bem jurídico). Sempre existiu a necessidade, ademais, de que determinadas modalidades de comportamentos, consideradas por alguns cidadãos (é dizer, a partir de uma perspectiva descentralizada) como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando a infração de normas (...)" (Jakobs, 2003, p. 25).

(8) Assim, dado que, com a expansão do Direito Penal, não se poderia prescindir de mecanismos eficientes de gestão de riscos, bem como capazes de promover respostas adequadas às novas demandas, propõe o autor, por um lado, a existência de normas penais amplas e maleáveis, mesmo que impliquem na flexibilização de garantias fundamentais, não lhes atribuindo, porém, sanção relativa à pena privativa de liberdade. Por outro lado, acerca do âmbito abrangido por um Direito Penal Mínimo, propõe o aumento da rigidez nos critérios de imputação, de forma a assegurar ambos os requisitos almejados: a eficiência das normas penais e sua adequação às garantias fundamentais (Sánchez, 2002, pp. 144-146).

revela imprescindível. Isso porque, de fato, a compreensão do perigo enquanto mero motivo do legislador não pode garantir o cumprimento de postulados essenciais como a lesividade, ocasionando notória inconstitucionalidade. O perigo abstrato, porém, vai muito além desta compreensão.

Conforme estudo desenvolvido por Mendoza Buergo, o perigo abstrato foi compreendido de diversas formas durante a história, sendo considerado delito propriamente de lesão, delito de desvalor do resultado ou mesmo delito de desvalor da ação (Mendoza, 2001, pp. 91-334). Nessa perspectiva, a posição que se elucida nesta análise como mais interessante decorre de um aperfeiçoamento da concepção originalmente apresentada por Jürgen Wolter. Para o autor, o perigo abstrato, para além de um desvalor da ação, apresenta também um desvalor de resultado, consistente na criação, ao menos imprudente, de um risco juridicamente desvalorado e adequado à lesão de um bem jurídico – referido desvalor do resultado, guardando relação com o bem jurídico protegido, não se confundiria, assim, com o desvalor da ação (Wolter, 1981 *apud* Mendoza Buergo, 2001, pp. 164-165). Nessa proposição, o perigo abstrato, apesar de não consistir em elemento normativo do tipo, não seria meramente motivo do legislador.

Tal posição encontrou inúmeras críticas ao longo da história. Nessa linha, Mendoza, apesar de ressaltar a importância de atribuir um conteúdo material ao perigo abstrato, conforme realizado por Wolter, entende que o enfoque ainda consistiria no desvalor da ação e não propriamente desvalor do resultado (Mendoza, 2001, p. 338). A atribuição de um conteúdo material ao injusto, mostra-se, assim, essencial. Tendo em vista, porém, que esse conteúdo possui forte ligação com o resultado de perigo gerado ao bem jurídico tutelado pela norma -e não a uma mera infração a determinada norma de conduta, por exemplo- não se poderia conceber tais delitos senão enquanto crimes de desvalor do resultado. Tanto é assim que o perigo e o dano só têm relevância jurídica quando relativos a bens jurídico-penais, valorando-se com diferentes intensidades resultados danosos e perigosos. Com efeito, segundo entendimento de José Faria da Costa:

> (...) [para] a chamada escola de "Bona", cujo ponto nevrálgico, neste particular, arranca da ideia de que o que é relevante, em termos jurídico-penais, em sede e comportamento típico, é o desvalor de acção, sendo o resultado (o desvalor do resultado) uma mera condição objectiva de punibilidade. Na verdade, partindo-se destes pressupostos -erróneos, quanto a nószz em que o resultado é totalmente irrelevante para a determinação do conteúdo do ilícito - típico, fácil é de perceber que tanto monta estarmos perante um resultado danoso como perante um perigoso: ambos serão ou desempenharão uma função de condição objectiva de punibilidade. Todavia, uma tal compreensão de ilícito penal é totalmente infundamentada, não só porque não corresponde ao valor ou correspondência ou verdade ontológicos que diz carregar, como, para além disso, não tem correspondência ou aderência às expressões normativas do ordenamento penal vigente (Costa, 1992, pp. 408-409).

Diante desta assertiva, a única forma possível de concepção dos delitos de perigo abstrato corresponde à sua compreensão como também delitos de desvalor de resultado. Nesse sentido, nesta categoria de crimes, apesar da presunção inicial do legislador acerca da periculosidade da conduta, seria necessária a comprovação não de que esta ocorreu em concreto, a partir de análise *ex post*, pois nesse caso se estaria diante do perigo concreto, mas de que poderia ter ocorrido, conforme exame *ex ante*, ou seja, em abstrato. Em face deste entendimento, a adequação desta categoria de delitos a postulados essenciais de um Estado Democrático de Direito perde sua controvérsia, vez que ainda devem ser utilizados como *ultima ratio*, bem como se impõe o exame acerca da periculosidade da conduta ao bem jurídico tutelado, ainda que de uma perspectiva *ex ante*.

Conclui-se, portanto, que a categoria dogmática do perigo não se apresenta como uma contradição ao postulado da intervenção mínima por si mesma, podendo vir a confrontá-lo a depender irrefutavelmente do contexto em que é empregada. Ou seja, se a adoção desta categoria de delitos consistir em único recurso minimamente eficaz de intervenção estatal, referidos crimes encontram-se amplamente legitimados em virtude de sua necessidade. A *contrario sensu*, se existem outros instrumentos capazes de fornecer respostas adequadas às demandas sociais, não se poderia admitir como legítimo o recurso a esta forma de delitos.

Em continuidade, considerando-se os princípios da racionalidade e proporcionalidade, a própria observância à máxima da *ultima ratio* conduz também à obediência a tais postulados, vez que, tratando-se de mecanismo subsidiário e necessário, a adoção de tipificações que, até certo ponto, poderiam flexibilizar garantias fundamentais encontram-se satisfatoriamente justificadas, bem como se mostram proporcionais.

No mesmo sentido, faz-se possível a legitimação destes modelos dogmáticos frente ao princípio da lesividade, segundo

o qual não há crime sem haver lesão a bem juridicamente tutelado, vez que a mera criminalização de condutas após a materialização do dano não seria efetiva aos objetivos de prevenção de lesão da norma penal, de modo que a tipificação em momento anterior ao dano ou mesmo à própria exposição do bem jurídico visa justamente à coibição de lesões.

Assim, a partir deste caminho que conduz à legitimação da norma de perigo e, principalmente, do perigo abstrato, extrai-se condição precípua irrenunciável no que concerne à escolha, pelo legislador, da utilização deste modelo dogmático: sua imprescindibilidade. É nessa medida que a proposição de nova categoria de delitos, representada no perigo abstrato-concreto, poderia ensejar um Direito Penal ainda mais garantista, optando-se por este modelo intermediário de perigo nas situações que o comportariam, em detrimento do perigo abstrato fazendo nascer novas circunstâncias em que estes seriam prescindíveis.

4. Do modelo dogmático dos crimes de perigo abstrato-concreto

Visando à criação de modalidade (ainda) mais garantista que o perigo abstrato e, em simultâneo, mais funcional que o perigo concreto, foi concebida, assim, a modalidade dos crimes de perigo abstrato-concreto(9). Atribuída sua concepção à Schröder, segundo já informado, tratar-se-ia de categoria responsável por somar características tanto dos delitos de perigo concreto, quanto dos de perigo abstrato. Nesta, conforme entendimento do autor, a constatação do perigo se daria a partir de um critério de regras de experiência geral, considerando a maioria das condutas e não uma ação específica - dessa forma, haveria a abstração de certas circunstâncias concretas do fato. Ou seja, bastaria examinar as características que tornam a ação idônea à produção de um perigo ao bem jurídico, a partir de uma perspectiva *ex ante,* para se verificar a periculosidade da ação (Schröder *apud* Mendoza, 2001, pp. 38-42).

Se em um primeiro momento esta modalidade de delitos parece quase se identificar com o perigo abstrato, vez que se trata de um exame *ex ante* do perigo, partindo de aspectos gerais, a distinção - e o aumento das garantias penais - estaria na previsão do perigo enquanto elemento normativo do tipo - e não como mero motivo do legislador (Schröder *apud* Mendoza, 2001, pp. 38-42). Assim, segundo entendimento de Mendoza:

> La indudable ventaja de esta modalidad delictiva es que al incluir elementos de peligrosidad real de la conducta en la descripción del tipo se evita el defecto principal de los delitos de peligro abstracto, esto es, el formalismo o automatismo de la constatación de su relevancia típica y de su contenido de injusto (Mendoza, 2001, p. 42).

O desenvolvimento da ideia desta categoria de crimes, porém, acabou gerando uma série de controvérsias jurídicas. Se por um lado autores como Mendoza Buergo adotam a concepção original (2001, pp. 38-52), outros, como Faria Costa, concebem a modalidade do perigo abstrato-concreto como aqueles "em que a prova da inexistência do perigo determina o não preenchimento do tipo" (Costa, 1992, p. 643). Neste último caso, trata-se, portanto, de um conceito excludente a partir do qual a conjectura inicial legislativa de periculosidade da conduta seria relativa, admitindo a análise, presumidamente *ex post*, por meio dos elementos do caso concreto, da existência de fatores eliminatórios da presunção inicial(10).

Diante destas proposições, opta-se pela assimilação de um conceito, mais próximo da concepção desenvolvida por Faria Costa, a partir do qual se evidenciam os principais elementos defendidos pelos autores para esta categoria de crimes. Ressalva-se que a adoção do conceito inicialmente apresentado por Schröder em sua íntegra não seria capaz de garantir a existência de um novo modelo dogmático funcional dos crimes de perigo, vez que guarda estrita semelhança com uma concepção garantista do próprio perigo abstrato.

Neste cenário, concebe-se a modalidade dos crimes de perigo abstrato-concreto como tipos penais intermediários nos quais, apesar da existência de presunção legislativa acerca da periculosidade da ação ou da exposição de determinado bem jurídico (característica do perigo abstrato), seria necessário demonstrar o condão da conduta para essa exposição nas circunstâncias do fato, utilizando-se de exame *ex post* (característica do perigo concreto). Não obstante, apesar de categoria intermediária, referidos tipos penais consistiriam em modalidade única, à medida que demandam análise *ex post* da ação, distanciando-se do perigo abstrato,

(9) Quanto a nós, insista-se, na linha da necessária compatibilização, também no âmbito do Direito Penal material, entre aspectos de garantia e aspectos de funcionalidade, anteriormente mencionados.

(10) Sendo importante, recordar, mais uma vez, que esta perspectiva pode encontrar assento na ideia da complementariedade funcional antes mencionada.

bem como objetivam determinar, por meio deste exame, a mera aptidão da conduta à afetação de bens jurídicos, o que se distancia da demonstração da ocorrência de um perigo concreto de fato.

Com vistas a elucidar tal explicação e tomando como exemplo o art. 54, *caput*, da Lei brasileira 9.605/98[11], constata-se que prevê o tipo penal: "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa"

Nos termos deste artigo, extrai-se, em um primeiro momento, a existência de criminalização em momento anterior à exposição do bem jurídico protegido, visto que se pune a conduta de "causar poluição de qualquer natureza", presumindo-se nesta a lesividade ao interesse tutelado, independente de resultados concretos de afetação como, por exemplo, a criação de impactos em determinados ecossistemas. Ocorre que, posteriormente, há a previsão de que a poluição seja "em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana" ou à fauna e à flora, ou seja, exige-se que a conduta possua a aptidão de exposição do bem jurídico tutelado, mesmo que esta não ocorra em concreto. É exatamente por isso que não basta a realização de análise única e exclusivamente *ex ante*, mas *ex post* se faz necessário verificar a ausência de elementos que excluam a periculosidade, tornando a conduta inapta, o que se faz considerando o caso concreto.

Deste modo, sendo realizada a poluição de curso de água, por exemplo, é preciso que este tenha relevância para o equilíbrio do ecossistema da região e não que seja elemento isolado ou mesmo muito breve em determinada área desmatada, sem servir a qualquer vegetação, animal ou pessoa, pois, se assim o fosse, não seria adequado às finalidades da norma no caso dos crimes ambientais: a proteção do ecossistema. Dessa análise conclui-se, inclusive, que o perigo abstrato-concreto não poderia ser equiparado meramente ao perigo concreto, já que a demonstração exigida não consiste na efetiva exposição do meio-ambiente, mas única e exclusivamente do condão para a exposição deste, ou seja, da ausência de elementos que excluam o risco presumido pela norma penal.

No mesmo sentido, prevê o art. 42 da Lei 9.605 do mesmo diploma legal: "Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano: Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente". Tal tipo penal traz evidentemente a escolha do legislador ordinário pela utilização do perigo abstrato-concreto. Isso porque se criminaliza a conduta de soltar balões, presumindo-se a exposição do bem jurídico tutelado, porém esta precisa necessariamente possuir o condão de provocar incêndio nas diversas formas de vegetação ou áreas habitadas, o que é analisado posteriormente, principalmente a partir da ausência de elementos que excluiriam essa aptidão, como é o caso de balões soltos em região desértica sem quaisquer vegetações, ou em áreas cuja vegetação seja tão insignificante que não se poderia afetar o equilíbrio do ecossistema da região.

As semelhanças entre os diferentes modelos dogmáticos de perigo são, assim, notórias: o perigo abstrato-concreto, da mesma forma como ocorre com o perigo concreto, trata-se, em verdade, de elemento normativo do tipo, visto que exige interpretação valorativa por meio do aplicador da norma penal para verificar a ausência ou não do perigo considerando as circunstâncias do fato, examinando se a norma foi, deste modo, violada a partir de juízos avaliativos. Em direção contrária, há presunção pelo legislador no momento da tipificação da conduta acerca de sua lesividade, característica precípua do perigo abstrato.

Contudo, são evidentes, também, as divergências: enquanto no perigo concreto se examina a exposição do bem jurídico nas circunstâncias de fato, no perigo abstrato-concreto se verifica meramente a aptidão da conduta para exposição do bem jurídico. No mesmo sentido, havendo necessidade desta constatação em concreto, há clara discrepância com relação ao perigo abstrato.

5. Do perigo abstrato-concreto e seus impactos na aplicação prática dos tipos penais

Não obstante, a existência de características particulares e inerentes aos delitos de perigo abstrato-concreto, este modelo dogmático não vem sendo reconhecido de forma adequada pelos Tribunais Superiores

(11) *Veja-se* a Lei em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

brasileiros. É o caso, por exemplo, do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.273.253[12], de Santa Catarina, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, localizado em Brasília, em 26 de junho de 2018, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas.

Esse tratava da imputação a pessoa jurídica do crime previsto no art. 54, §2º e inciso V, da Lei brasileira 9.9605/98[13], o qual consiste no delito de poluição com aptidão para resultar em danos à saúde humana, à fauna ou à flora, pelo lançamento de resíduos em desacordo com as exigências legais. Nos termos do julgado, teria ocorrido o vazamento de óleo diesel, contaminando lençol freático com benzeno, produto cancerígeno, em níveis superiores aos permitidos em Resolução do CONAMA 420/09[14]. A ação se deu em Florianópolis, em área de entorno de estação ecológica, por empresa de transporte que realizava o abastecimento de sua frota de ônibus.

Foi, assim, interposto Recurso Especial pela empresa ré, inconformada com a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu que, "o tipo penal do artigo 54 da Lei 9.605/98 é crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples conduta de poluir, independentemente de qualquer resultado concreto à saúde humana"[15]. Ademais, consagrou o delito também como crime formal.

A defesa sustentou, principalmente, a necessidade de que a conduta possuísse aptidão para causar danos à saúde humana, de forma que deveria ser constituída prova pericial específica nesse sentido. Alegou, ademais, que o risco não poderia ser presumido tão somente pela contaminação de lençol freático por benzeno em níveis superiores ao admitido em Resolução do CONAMA, especialmente porque teria fornecido prova de que este risco não existiria.

Em decisão monocrática, defendeu o relator que foi demonstrada a existência de contaminação em níveis superiores ao admitido pela legislação, de modo que esta situação seria apta e suficiente para caracterização do crime[16]. Em sede de Agravo Regimental, novamente se negou provimento ao pedido, nos seguintes termos:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 54, § 2, V, DA LEI 9.605/98. NÃO OCORRÊNCIA. POLUIÇÃO. VAZAMENTO DE ÓLEO DIESEL. CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO COM BENZENO EM NÍVEIS SUPERIORES AO ACEITÁVEL PELA NORMA, DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRODUTO CANCERÍGENO. RISCO À SAÚDE HUMANA COMPROVADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange à alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC, sob o argumento de que o tipo de perigo abstrato não dispensa a prova de risco de perigo, demandando a realização de prova específica, não se verifica-se a apontada omissão, uma vez que essa questão encontra-se suficientemente examinada no âmbito do acórdão que julgou os aclaratórios. 2. Quanto à suscitada negativa de vigência ao art. 54, da Lei 9.605/98, sob o argumento de que "é necessário que a poluição alcance níveis capazes de causar danos à saúde humana", também não assiste razão aos recorrentes. Isso porque, consoante se depreende do excerto transcrito, no caso ora examinado, constatou-se, por meio da Nota Técnica do ICMBio, elaborada em 29/12/2011, que o lençol freático foi contaminado por produto carcinogênico, qual seja o benzeno, em concentrações superiores àquelas estabelecidas pela Resolução CONAMA 420/09, o que, por si só, é suficiente para causar danos à saúde humana, não sendo necessário, conforme destacado pelo Tribunal *a quo*, a demonstração de lesão efetiva aos moradores da região. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(12) *Veja-se* em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85082011&num_registro=201800793111&data=20180801&tipo=5&formato=PDF

(13) Nesse sentido, prevê a lei 9.605/98: "Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 2º Se o crime: V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena - reclusão, de um a cinco anos". *Veja-se* em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

(14) *Veja-se* Apelação Criminal de n. 5032732-40.2014.4.04.7200/SC do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.hp?orgao=1&documento=9117339&termosPesquisados=IHBlbmFsIHByb2Nlc3N1YWwgcGVuYWwuIGNyaW1lIGFtYmllbnRhbC4gY29tcGV0ZW5jaWEgZGEganVzdGljYSBmZWRlcmFsLiBhcmVhIGRlIGVudG9ybm8gZXN0YWNhbyBlY29sb2dpY2EgY2FyaWpvcyA=

(15) *Veja-se* em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=83909493&num_registro=201800793111&data=20180601

(16) *Veja-se* em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81403345&num_registro=201303738089&data=20180420&tipo=5&formato=PDF

Ao estabelecer a desnecessidade da demonstração da aptidão da conduta para causar danos à saúde humana, seguiu a Turma o entendimento consagrado no Informativo 624 do referido Tribunal. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento anterior, realizado em 11 de abril de 2018, pela Terceira Turma, já havia decidido pela natureza formal do delito do art. 54, sendo suficiente a potencialidade de dano à saúde humana, sem resultado naturalístico efetivo, para caracterização do crime de poluição, motivo pelo qual dispensaria perícia:

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO CONFIGURADO. CRIME DO ART. 54 DA LEI N. 9.605/98. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. NATUREZA FORMAL DO DELITO. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE. POTENCIALIDADE DE DANO À SAÚDE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O delito previsto na primeira parte do artigo 54 da Lei 9.605/1998 possui natureza formal, sendo suficiente a potencialidade de dano à saúde humana para configuração da conduta delitiva, não se exigindo, portanto, a realização de perícia. Embargos de Divergência providos, recurso especial desprovido[17].

Ocorre que a "potencialidade de dano" à saúde, necessária para configuração da conduta delitiva, nos termos da decisão, guarda relação muito maior com a classificação dos crimes quanto ao resultado destes, relativo ao nível de afetação do bem jurídico -com a divisão em crimes de perigo e crimes de dano-, do que quanto à conduta – com a categorização em crimes materiais, formais e de mera conduta.

O tipo penal do art. 54 da Lei 9.605/98 trata-se, assim, de crime de perigo abstrato-concreto, já que a lesividade da conduta de poluir é, em um primeiro momento, pressuposta pelo legislador quando se tipifica a ação de causar poluição. Não obstante, tendo em vista que se exige, pelo menos, a potencialidade do dano à saúde humana, tais elementos podem ser ilididos no caso concreto se provado que não existe referida potencialidade, mesmo que a poluição tenha, como no caso em análise, atingido lençóis freáticos com substância em desacordo aos níveis legais admitidos pela legislação.

A realização de prova pericial para constatação da aptidão da conduta para causar danos à saúde humana revela-se, portanto, medida que se impõe. Destaca-se que não se exige no caso concreto a demonstração de efetiva lesão à saúde dos moradores da região, vez que referida exigência apenas caberia nos delitos de dano. No mesmo sentido, também não se exige a demonstração da exposição a perigo, nas circunstâncias de fato, da saúde humana, visto que esta é necessária apenas no perigo concreto. O que se demanda no tipo penal em análise é, única e exclusivamente, a demonstração da aptidão e suficiência da ação para exposição da saúde humana.

Assim, tendo em vista que no AgRg no AREsp de 1.273.253, a empresa alega a existência de prova nos autos de que a contaminação pelo benzeno, nos níveis em que foi realizada, não traria nenhum risco à saúde humana, teria sido necessária a realização de prova pericial para constatar sua lesividade, nos termos da análise dogmática realizada acerca do modelo dos crimes de perigo abstrato-concreto.

6. Conclusão

Em conclusão ao estudo desenvolvido, algumas considerações se fazem necessárias. Nesse sentido, verificou-se que a sociedade pós-moderna não pode de prescindir dos delitos de perigo por inúmeros fatores que lhe são inerentes, como a necessária e eficiente gerenciamento de riscos, a proteção de bens jurídicos amplos e abstratos, além da complexidade de determinadas classes de delitos, intimamente ligadas com os novos âmbitos de tutela do Direito Penal.

Diante de tal constatação, o estudo dogmático acerca da estrutura dos delitos de perigo, bem como a análise político-criminal de sua viabilidade, consiste em medida que se impõe em ordem a fornecer respostas adequadas às questões essenciais a que o Direito Penal é chamado a intervir. Objetivou o presente estudo demonstrar, assim, que apesar da existência de apenas duas categorias clássicas de perigo, externalizadas nos delitos de perigo abstrato e concreto, estas não são capazes de atender todas as demandas pós-modernas, de forma eficaz, porém dentro de e em observância a determinados limites dogmáticos, de modo que resta a admissão da existência de uma terceira categoria intermediária, consistente nos crimes de perigo abstrato-concreto.

Somando elementos das duas concepções clássicas de delitos, esta nova modalidade contaria tanto com uma presunção inicial acerca da periculosidade da conduta (aspecto do perigo abstrato), quando com exame *ex post* da potencialidade de ocorrência deste (aspecto do perigo concreto), unindo duas características essenciais à dogmática penal e resultando em tipos penais com aspectos próprios e únicos, aptos à solução de demandas que podem prescindir da utilização do perigo abstrato, ao mesmo tempo, em que

necessitam de maior proteção do que aquela fornecida pelo perigo concreto. Destaca-se que não se pretende nesta investigação afirmar a inadequação do perigo abstrato aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, mas apenas defender sua utilização como *ultima rati*o, quando não for possível a adoção de outros mecanismos dogmáticos inerentes do Direito Penal para criminalização de condutas que sejam fundamentais à proteção de bens jurídicos.

Ocorre que, apesar de consistir em instrumento eficiente, esta nova modalidade de crimes não vem sendo utilizada de maneira adequada, ao menos no que concerne à jurisprudência brasileira, conforme demonstrado no julgado examinado, de forma que suas particularidades, as quais a divergem do perigo abstrato, são tornadas praticamente nulas – inclusive com o enquadramento de diversos tipos penais de perigo abstrato-concreto como simples crimes de perigo abstrato.

Assim, o aprofundamento no estudo da dogmática jurídico-penal, especialmente no que diz respeito aos elementos estruturais dos crimes de perigo abstrato-concreto, desenvolvendo análises científicas sobre o tema, ainda muito inexplorado, se revela necessário, visando aprimorar a aplicação prática desta modalidade de delitos, atualmente realizada de forma errônea e equivocada por muitos Tribunais, contribuindo, cada vez mais, para prolação de decisões justas e que estejam em consonância com os valores inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

Beck, U. (2010). *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade* (1.a ed.). Editora 34.

Costa, J. (1992). *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra Editora.

Fernandes, F. A. (2001). *O processo penal como instrumento de política criminal*. Livraria Almedina.

Fernandes, F. A. (2003). Sobre uma opção jurídico-política e jurídico metodológica de compreensão das ciências jurídicas-criminais. Em M. da Costa, J. de Faria, A. Miranda & M. João (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 53-83). Editora Coimbra.

Jakobs, G. (2003). *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Manole.

Kubiciel, M. (2017). Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?. *InDRET: Revista Para El Análisis Del Derecho, 3*. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1315.pdf

Mendoza, B. (2001). *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares.

Silva, J. (2002). *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais.

1. A modo de introducción

El acuerdo libre entre dos o más partes para someter sus eventuales controversias a un arbitraje tiene como propósito evidente evitar la vía judicial y acudir a una vía que los contratantes estiman más adecuadas por distintas razones (especialidad, rapidez, flexibilidad, etc.).

Esto se puede ver truncado si se permite que, antes, durante o después de las controversias arbitrales, el Poder Judicial tenga carta abierta para impedir la eficacia del acuerdo de las partes de arbitrar sus diferencias. Eso podría darse, por ejemplo, si se facilita que aquéllas eludan sus convenios arbitrales y tengan libre acceso al Poder Judicial para discutir las mismas materias que pactaron; si se permite que los jueces interrumpan o perturben el trámite de un arbitraje que está en curso; si se niega eficacia a un laudo arbitral, lo que podría darse mediante su no reconocimiento judicial (exequatur), la falta de colaboración de los jueces para su ejecución; o la amplitud y apertura de causales para invalidar laudos arbitrales.

El principio de no interferencia recoge una serie de reglas que tienen como norte garantizar la autonomía privada, en específico, evitar medidas judiciales que perturben la eficacia de los acuerdos arbitrales y de los eventuales procesos arbitrales y laudos que tales convenios pudieran generar.

Veremos que eso no significa que los arbitrajes tienen una relación totalmente con el ámbito judicial, sino que el principio en cuestión exige una interacción limitada y excepcional entre las vías arbitrales y judiciales de tutela de derechos.

De hecho, existe cierta historia normativa y jurisprudencial que da forma a los actuales perfiles del principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes, lo que otorga ciertas peculiaridades a nuestro sistema de control e intervención judicial sobre estos. A pesar de que estos antecedentes sirven para explicar sus alcances, existe aún mucha confusión, dudas y nuevos cambios, que hacen difícil la aprehensión del fundamento y de los límites necesarios que subyacen en este tópico.

Si bien buscaremos comentar los alcances del artículo 3 de la Ley de Arbitraje (en adelante, "LA")[1] que recoge las bases del principio de no interferencia judicial, veremos que la explicación de aquellos fundamentos jurisprudenciales y prácticos es mucho más enriquecedora que el simple comentario exegético del texto legal.

2. Fundamento del principio de no interferencia

La "inarbitrabilidad" en su dimensión objetiva hace referencia a las materias que no pueden ser atendidas por la justicia arbitral, debido a la decisión estatal de excluirlas o reservarlas de modo exclusivo para los Jueces, invocando motivos de orden público, relevancia social, económica o cualquier otra razón de política pública.

En contrapartida, la decisión libre de las partes de someter a arbitrajes asuntos que sí permite la ley, debe estar acompañada de la necesaria garantía para no interferir la eficacia de tal decisión. No hay duda de que quien plantea una pretensión estará interesado en un proceso arbitral rápido, que no sea interrumpido o perturbado con alguna intervención judicial, interés con el que podría comulgar o no el demandado u otros supuestos afectados, según las expectativas que tuvieran sobre la futura decisión arbitral por lo que, de ser el caso, podrían tener mayor interés en acudir a la vía judicial.

La revisión de los principios que enumera el art. 3 de la LA indica un fundamento común: la protección de arbitraje es una consecuencia del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de contratación y de la autonomía privada reconocidos en los arts. 2, num. 14 y el art. 62 de la Constitución Política. O, de manera más profunda aún, se puede decir que en esas normas subyacen el principio general de libertad del art. 2, num. 14, lit. a, de la Constitución que consagra que mientras no exista mandato o prohibición en la ley, los particulares tienen libertad de actuación,

(1) Artículo 3 LA. Principios y derechos de la función arbitral.
1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

entre otros, libertad para solucionar sus controversias por la vía arbitral. Su esfera de libertad se presume ilimitada, de modo que solo puede limitarse si existe mandato legal[2].

El fundamento anterior, sin embargo, debe ser complementado con los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha tenido oportunidad de señalar que la protección contra las interferencias del Estado sobre los arbitrajes constituye una exigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva[3]. Este criterio tiene cabida en nuestro país que reconoce cualidad jurisdiccional a los arbitrajes y, en esa medida, como un instituto con suficiente potencia como para exigir la aplicación del artículo 139, núm. 2, Constitución que dispone: "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones".

Ese acuerdo libre y constitucional para excluir al Poder Judicial y para discutir sus controversias en un arbitraje, genera como lógica consecuencia el *principio de no interferencia judicial* en los procedimientos arbitrales en trámite. Como señala Gary Born (2009, pp. 1028-1032), las órdenes judiciales que interfieren procesos arbitrales en curso contradirían directamente los objetivos de las partes al acordar un arbitraje: frustraría sus objetivos de que sus diferencias sean atendidas en un procedimiento fijados por ellos (flexible), por un Tribunal elegido por ellos, dentro de plazos acordados y con opciones limitadísimas de revisión del fallo[4].

3. El principio de no interferencia en ciertos arbitrajes legales

3.1. Los arbitrajes que nacen de la voluntad de la ley

El principio de no interferencia no tiene el mismo alcance en los arbitrajes impuestos por ley, donde no hay un acuerdo libre entre las partes para arbitrar la controversia. En tales casos no puede decirse que las partes acudieron a la vía arbitral para solucionar sus diferencias libres de las injerencias del Estado.

Por ejemplo, en los arbitrajes laborales potestativos, el art. 61 TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ("LRC") prevé que: "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje". El Reglamento de la LRC (art. 61-A) precisa que empleador o trabajadores pueden solicitar el inicio de arbitraje, al que deberá la contraparte deberá someterse, sin posibilidades de objetar su uso. Es decir, aunque no hayan prestado su consentimiento para la vía arbitral, empleador o trabajador no podrán "huir" de la fuerza de la ley que los somete a un arbitraje solicitado por su contraparte.

Se dice que este tipo de arbitraje es potestativo porque se activa ante el ejercicio de una potestad que concede la ley a cada parte para iniciar un arbitraje, sin que exista cláusula arbitral acordada. Sobre todo, se usa esa denominación para diferenciarlo del arbitraje laboral obligatorio, en donde ninguna de las partes tiene tal potestad, sino que es un tercero, el Estado, quien impone solucionar las diferencias en la vía arbitral, lo que, de acuerdo con el Comité de Libertad Sindical de la OIT, tiene serios indicios de inconstitucionalidad[5]. Por menos, el TEDH consideró ilegítima la imposición de un

(2) Lo anterior es conocido como el principio de distribución de Carl Schmitt quien señala que "la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio". Es decir, mientras la actuación de los particulares se presume libre y solo puede ser objeto de los límites o prohibiciones expresas que fije la ley, la actuación estatal se presume limitada pues solo puede ejercerse en los asuntos que la ley habilite y no cabe fuera de esos márgenes. No se trata de una mera elucubración teórica, sino de un principio reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ("TC"). Cfr. STC 0009 y 0010-2007-AI (acumulados), fd. 9.

(3) Cfr. Caso Stran Greek Refineries y otro contra Grecia, sentencia del 9 de diciembre de 1994, (párr. 47-50). El caso se vinculaba a un arbitraje entre una empresa y el estado griego que favoreció al primero. Sin embargo, ante la revisión judicial del arbitraje por supuesta nulidad del convenio arbitral, el Parlamento dictó una ley que ratificaba dicha nulidad, asunto que el Tribunal Europeo consideró como una interferencia ilegítima lesiva del debido proceso, de la expectativa de llevar adelante el arbitraje sin interferencias.

(4) Cabe anotar que, Born indica que en todos los arbitrajes se pactan en procura de soluciones ágiles, eficientes y expertas. Aunque agrega que, los arbitrajes internacionales tienen la particularidad de que, además, buscan garantizar la neutralidad procesal, esto es, evitar que el Poder Judicial favorezca a las partes que le son connacionales. Sea uno u ambos fines, concluye, los objetivos de los arbitrajes se facilitan con un régimen de no intervención judicial mientras dure su trámite y con alcances limitados del posterior poder de revisión judicial de laudos y de otras decisiones arbitrales (Born, 2009, pp. 1001-1004).

(5) El art. 68 LRC dispone que cuando se prolongue excesivamente una huelga que comprometa gravemente a una empresa, al sector productivo, derive en actos de violencia, o asuma características graves por su magnitud o consecuencias, el Ministerio de Trabajo ("Mintra") promoverá "otras formas de solución pacífica del conflicto" y de fracasar ésta, "resolverá en forma definitiva". Aunque el

arbitraje por los accionistas mayoritarios de una empresa al minoritario. El TEDH consideró que el Estado había vulnerado el debido proceso al no invalidar la imposición de un arbitraje no consentido por el reclamante[(6)].

En todo caso, en los arbitrajes que no nacen del sometimiento voluntario de las partes, las limitaciones a la intervención judicial sobre los arbitrajes provendrán del mandato legal de arbitrar y no del acuerdo entre las partes. Por lo que, estimamos que en esos supuestos sí serán posibles ciertas intervenciones judiciales de decisiones arbitrales previas al laudo, cuando agravien derechos o valores fundamentales, o cuando un mandato constitucional se superponga al mandato legislativo de arbitrar, tal como lo permiten los arts. 51 y 138 de la Constitución.

3.2. Los arbitrajes que nacen por la voluntad de las partes y de la ley

Distinto es el caso previsto en los arts. 32.3 y 45.1 de la Ley de Contrataciones Estatales ("LCE") y en el art. 56 de la Ley de Promoción de la Inversión mediante Asociación Público-Privada ("Ley APPs") que prevé que los contratos suscritos bajo sus regímenes deben contener cláusulas de solución de las controversias entre contratista y la entidad estatal, lo que podrá realizarse mediante arbitraje. Ahora bien, en los procesos de selección o de promoción de la inversión, respectivamente, se incluye dentro de las bases al modelo de contrato que será suscrito (y que incluye la cláusula arbitral), de modo que quien participe y logre ganar la buena pro o el proyecto, lo hará porque desde un inicio prestó su consentimiento al acuerdo arbitral. Por tanto, en estos casos sí existe un acuerdo entre ambas partes de someter sus controversias a la vía arbitral y, por ende, si rige con plenitud el principio de no interferencia.

No obstante, el hecho que el convenio arbitral sea voluntario, no elimina varias críticas que existen sobre aquellos regímenes de arbitrajes contra el Estado. Al comentar el artículo 4 LA veremos que el Estado ha dictado una regulación especial que resulta bastante beneficiosa para cuando el Estado es parte de un arbitraje y perjudica a su contraparte, lo que es fuente de varias arbitrariedades y problemas pendientes de ser resueltos.

Otro caso similar son los arbitrajes vinculados a las expropiaciones (en donde se discute el monto del justiprecio, la duplicidad de partidas o pedidos de expropiación total) bajo cuyo régimen, el expropiado podrá solicitar el inicio del arbitraje. Pero si la entidad se opone a ello (manifiesta su negativa expresa), solo podrá acudirse a la vía judicial (art. 35 del TUO del Decreto Legislativo 1192). Es decir, para el trámite de estos arbitrajes, también se necesita que concurra la voluntad de las dos partes.

En todo caso, si se trata de arbitrajes en donde media el libre consentimiento, el fundamento del principio de no interferencia estará en la autonomía privada, y en los arbitrajes forzosos o potestativos, el fundamento de aquel principio estará en la ley que impone el arbitraje como forma de solución de conflictos.

4. Las consecuencias del principio de no interferencia judicial

Una vez aclarado el fundamento del principio en cuestión, corresponde evaluar los mandatos que pueden derivarse del mismo. En la parte introductoria ya hicimos referencia que el principio en cuestión genera efectos antes, durante y después de los arbitrajes, lo que requiere ciertas precisiones adicionales.

Por ejemplo, el art. II, num. 3 de la Convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros dispone que si una de las partes pretende eludir la eficacia de un convenio arbitral, los tribunales de los Estados deberán remitir a las partes a la vía arbitral, a pedido de una de ellas. Al respecto, Born (2009, pp. 1026-1027) entiende que esta norma impide que el principio de no injerencia judicial en los arbitrajes internacionales quede en manos de la legislación nacional, pues prohíbe al Poder Judicial hacer algo distinto al reenvío de las partes a un arbitraje.

La posibilidad de invalidar la continuación de la vía judicial para reclamar un asunto sobre el cual existe convenio arbitral es, sin duda, una manifestación del principio de no

texto no prevé la vía arbitral como forma de solución obligatoria, la práctica ha llevado al Mintra a imponer la vía arbitral en ciertos casos de alta relevancia social como una huelga minera que afectaba las exportaciones de minerales y la economía del país. Sin embargo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha precisado que el arbitraje solo puede ser válido cuando lo solicitan las partes, por lo que requirió que se modifique el art. 68 LRC, pues permite una interpretación demasiado amplia del Gobierno que, en todo caso, solo debería poder aplicar esa norma cuando se trate de huelgas vinculadas a la función pública, servicios esenciales o casos de crisis nacional aguda. *Cfr.* Informe 302 (párrafos 512-513).

(6) *Véase* Caso *Pavel Suda contra República Checa*, sentencia del 28 de octubre de 2010, párr. 52-55.

injerencia judicial. Sin embargo, según la Convención de New York, la posibilidad de seguir o no en la vía judicial queda siempre en manos de los privados al disponer que el Poder Judicial "remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas", sin que se recoja la prohibición absoluta de que los jueces conozca de esos casos, tal como sugiere Born.

Por ese motivo, los arts. 16 y 18 LA establecen que si una de las partes decide eludir el convenio arbitral y trasladar la causa a la vía judicial y la otra parte no objeta ese proceder, sino que lo consiente al contestar la demanda y no deducir la excepción de convenio arbitral, se entenderá que, para esa controversia específica, las partes han acordado acudir a la sede judicial. Eso, sin embargo, no significará una renuncia total a cualquier otra controversia distinta o posterior entre tales partes, pues al demandar y contestar la demanda en la vía judicial, las partes solo han expresado su renuncia de arbitraje respecto de ese asunto y nada más.

Desde luego que, también se encuentra la opción contraria, esto es, que la parte demandada de modo indebido en la vía judicial deduzca la excepción de convenio arbitral. En tal caso, los jueces deben desestimar la demanda judicial y condenar al pago de costas y costos a quien indebidamente fue demandado en esa vía. De hecho, pueden darse casos de partes rebeldes al arbitraje que inicien o amenacen con distintas acciones en la vía judicial. En el derecho comparado se han previsto algunas opciones de defensa para esos supuestos conocidas como medidas cautelares anti-procesos (traducción de *anti-suit injunctions*). Se trata de un asunto discutible, pues se trata de un mandato cautelar que interferiría con el conocimiento del caso por parte de un juez (y que bien podría declararse incompetente por existir un convenio arbitral), Reggiardo y Cuba (2020, pp. 248-250) estiman que existen razones para admitir el uso de ese instrumento en nuestro sistema jurídico, a fin de garantizar la independencia de la justicia arbitral.

El principio de no injerencia también se manifiesta luego de concluido el arbitraje: al momento de ejecutar el laudo y/o al momento de revisar la validez del laudo. Para la eficacia del laudo arbitral, el legislador establece que se debe iniciar un proceso de ejecución (art. 688, inc. 2, del Código Procesal Civil). La característica de esta vía judicial es que no deja opción a que el demandado ejerza defensas que abran la posibilidad de que el Juez revise el fondo de lo decidido, sino que solo puede plantear defensas formales (inexigibilidad o iliquidez del laudo, su falsedad, o el cumplimiento del laudo, ex art. 690-D del Código Procesal Civil). La injerencia judicial en el contenido del laudo es mínima.

De manera similar, para revisar la validez del laudo, vía recurso de anulación, el legislador establece tres reglas esenciales que son manifestaciones del principio de mínima injerencia: (i) toda revisión judicial es posterior, es decir, luego de que se dicta el laudo (art. 62, inc. 1, LA), lo que impide interrupciones o revisiones judiciales de las decisiones arbitrales mientras aún se tramita el arbitraje; (ii) no cabe revisión del fondo de lo decidido (art. 62, inc. 2, LA); (iii) solo cabe revisión por las causales formales y específicas establecidas (art. 63, LA).

Como se aprecia, el principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes genera un campo limitadísimo de interacción entre arbitrajes y vías judiciales. Ese campo busca asegurar que el Poder Judicial no interrumpa ni perturbe el trámite del procedimiento arbitral y, más aún, que no pueda revisar, ni sustituir, el fondo de lo decidido en el arbitraje.

Con esto aclarado, en lo sucesivo nos enfocaremos en averiguar cómo es que opera el principio de mínima injerencia judicial en su versión de control posterior de los arbitrajes. Para fines explicativos hemos hecho mención solo al camino judicial de la anulación de laudo. Sin embargo, la situación es más compleja que eso, pues también incluye la vía de los procesos de amparo. La interacción entre uno y otro camino judicial, los espacios por donde transitan uno y otro, han sido construidos por el derrotero jurisprudencial que veremos a continuación.

5. La tragedia peruana de la no interferencia judicial en los arbitrajes

Como todo principio, el de no interferencia no es absoluto, sino que convive en constante tensión con el principio de justicia. Mientras el primero busca asegurar la rápida obtención de la decisión de arbitraje y su pronta eficacia, el segundo busca evitar decisiones perversas que rompan las mínimas expectativas de justicia. Sin rapidez y eficacia de los arbitrajes como mecanismo de solución de controversias, la fiabilidad de las transacciones que optan por esa vía puede verse perjudicada. Sin embargo, ese propósito no debe llevarnos a olvidar que se necesita cierto control que garantice una mínima justicia procesal en el trámite de la controversia (garantizada por el debido proceso) y/o que el arbitraje efectivamente respete los alcances de convenio arbitral lícitamente pactados que le sirvieron de

fundamento, criterios que inspiran las causales taxativas de anulación de laudos.

La experiencia de la legislación arbitral del Bélgica nos advierte sobre la necesidad de no olvidar esta convivencia de principios. Para incentivar y dar mayores garantías a los arbitrajes internacionales, en 1985 se estableció un régimen que impedía la posibilidad de revisión por parte de los jueces. Sin embargo, las empresas se mostraron temerosas de la existencia de laudos irrevisables, por lo que ese régimen no les fue muy atractivo. Por eso, en 1998 el legislador belga tuvo que volver a un régimen de revisión judicial limitado. Y es que, como concluye Park (2012, p. 600): "Aunque la supervisión judicial del arbitraje no será completamente infalible, el sentido común sugiere que la mala conducta es menos probable cuando el comportamiento está sujeto al escrutinio público y a la sanción".

En nuestro país, la experiencia sobre la revisión judicial del arbitraje ha sido bastante más traumática, llena de giros, idas y vueltas, en los criterios aplicables. Podría decirse que el principio de no intervención fue aprendido a partir de la técnica del ensayo y error, lo que ha dado perfiles particulares a nuestro sistema jurídico.

Al amparo de la anterior Ley de Arbitraje - Ley 26572, se dictaron varias medidas cautelares judiciales que trabaron la instalación de tribunales arbitrales, el trámite de esos procesos privados, la actuación de pruebas o la ejecución de otras cautelares arbitrales o incluso el laudo mismo. Hasta hubo procesos penales contra los árbitros y otras estrategias prolíficas para desvincularse del convenio arbitral.

El caso más conocido fue el de Minera Sulliden vs. Grupo Algamarca. Exploraciones Algamarca (una de las demandadas) trabó judicialmente aquel arbitraje y para ello: (i) obtuvo una cautelar en un amparo que suspendió el arbitraje, alegando que el contrato y el convenio arbitral no le eran vinculantes; y, (ii) denunció penalmente al árbitro y profesor Fernando Cantuarias, a quien acusaron de falsedad genérica y fraude procesal. Eso motivó que aquel árbitro interpusiera un habeas corpus contra el proceso penal que se le había iniciado. El amparo y el habeas corpus llegaron hasta el TC que trató de enmendar el laberinto judicial y arbitral generado y, aunque ocasionó nuevas dudas, también aclaró que el arbitraje tenía autonomía e independencia jurisdiccional y, por lo tanto, que era inválido cualquier medida judicial dirigida a interferir con su trámite[7]. El hábeas corpus de Fernando Cantuarias sirvió para que el TC fije como precedente vinculante que las decisiones arbitrales solo puedan impugnarse en amparo luego de agotarse la "vía previa", es decir, luego del laudo y del recurso de anulación, criterio que también aplicó al resolver el amparo de Exploraciones Algamarca.

Aunque la finalidad del TC fue evitar la interferencia judicial sobre arbitrajes en trámite, pronto los litigantes aprovecharon la calificación de "vía previa" que había dado el TC al proceso arbitral y al proceso de anulación. En efecto, se empezaron a invocar las distintas causales que exceptúan agotar la vía previa (art. 46 del Código Procesal Constitucional - "CPconst") para activar la vía de amparo contra arbitrajes que aún estaban en trámite.

Pero el caso Fernando Cantuarias trajo otras confusiones y errores más. Estableció algo contrario a las creencias de este profesor de derecho arbitral: que los arbitrajes no adquieren su poder de la autonomía de las partes[8], sino del reconocimiento constitucional del arbitraje como "jurisdicción" (art. 139, num. 1, Constitución). Por eso, los árbitros tendrían poder para impartir justicia y como ese poder -continua el TC- no se agota con lo previsto en el contrato, sino que deriva de la Constitución, los árbitros deben respetar las garantías fundamentales, en especial, las de la tutela jurisdiccional efectiva.

El TC invocó la calidad de "jurisdicción" para concluir que en los arbitrajes se gobiernan por los principios de la función jurisdiccional, entre ellas, la prohibición de avocamiento de causas en trámite del artículo 139, num. 2, de la Constitución. Por tanto, según el TC, en el Perú el principio de no interferencia judicial de los arbitrajes sería una consecuencia de la garantía del debido

(7) STC 1567-2005-PA (amparo de Exploraciones Algamarca) y STC 6167-2005-PHC (habeas corpus de Fernando Cantuarias Salaverry).

(8) Por ejemplo, sobre el convenio arbitral, Cantuarias señala lo siguiente: "La actual LGA no cae en el grave error de la anterior legislación, al definir correctamente al convenio arbitral en sus artículos 9 y 98, como aquel acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitrajes las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual. De esta manera, independientemente del momento en que se suscriba el acuerdo de arbitraje (antes o después de qu surja la controversia), solo existirá un contrato: el convenio arbitral. De la definición que da la LGA, se desprende los únicos dos requisitos esenciales del convenio arbitral: (i) la decisión de las partes de pactar el arbitraje; y (ii) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los actuales o potenciales conflictos".

proceso que corresponde a la "jurisdicción" arbitral y no una garantía de la autonomía de la voluntad y del principio general de libertad. E insiste el Tribunal: la exigencia jurisdiccional de que otros no intervengan en el fuero arbitral sustentaría también el principio *kompetenz-kompetenz*, entendido como garantía de independencia de un Tribunal Arbitral. Esto evidencia el tremendo desconocimiento con que el TC abordó la materia arbitral al momento de dictar el precedente en comentario.

La suma de críticas contra esos criterios de TC ameritaría un estudio aparte. Por lo pronto, solo conviene resaltar que incluso sin una norma constitucional que califique al arbitraje como "jurisdicción", los árbitros deben respetar las garantías del debido proceso, porque están recogidas en normas del orden público nacional e internacional, normas imperativas que no puede eludir ningún árbitro. El error del TC es concluir que solo considerando como "jurisdicción" al arbitraje, los árbitros están vinculados a las garantías de la función jurisdiccional o a las demás garantías fundamentales.

Como ya señalamos al comentar el art. 1 LA, la calidad de "jurisdicción" de los arbitrajes fue decretada para impregnar poder jurisdiccional (de calidad de cosa juzgada) a sus decisiones, de tal suerte que pueda justificarse por qué la eventual revisión judicial de un Laudo o de una decisión arbitral, sea una cuestión realmente excepcional.

6. El precedente Minera María Julia menguó la interferencia judicial

Como se sabe, nuestra LA, replica gran parte de la Ley Modelo UNCITRAL. Sin embargo, el art. 3 LA tiene elementos bastante peruanos, ya que es fruto de la experiencia antes descrita. En efecto, cuando se gestaba el texto de la actual LA ocurrían los avatares que hemos descrito, lo que motivó esta norma que consagra distintas variables que aseguran el principio de no interferencia judicial de arbitrajes. Si bien se necesitaba de medidas que detengan la hemorragia de procesos de amparos destinados a interferir el trámite de arbitrajes, tal medida no podía limitarse a un simple cambio normativo, sino que incluso debía alcanzar al precedente Fernando Canturias.

Atento a esas circunstancias, el TC dictó el precedente de Minera María Julia (STC 0142-2011-AA) que rectificó la apertura anterior del amparo, aunque volvió a cometer los errores de comprensión sobre el arbitraje como "jurisdicción". El lado bueno es que esta vez, el TC fijó ciertos criterios y reglas adicionales que limitaron la revisión judicial de arbitrajes, cuyo eje central fue el control a posteriori de los laudos y actuaciones arbitrales.

El TC estableció que los laudos sólo podrán ser cuestionados por recursos de anulación de laudo, lo que obligó a las partes a no activar vía judiciales para interrumpir el arbitraje, sino que ahora estaban forzadas a esperar al Laudo, ya que sin él no podría activarse ninguna vía judicial de control. Para asegurar esa medida, se calificó a la anulación de laudo como una vía judicial "igualmente satisfactoria" que el amparo, por lo que la activación de aquella vía judicial exigía descartar la opción del amparo. Esto último exige una explicación más algo más detallada.

El art. 5, num. 2, CPConst dispone que no es posible iniciar un proceso de amparo para la tutela de derechos constitucionales si existe otra vía judicial que brinde una tutela "igualmente satisfactoria" o idónea. Asimismo, la 12ª Disposición Complementaria LA reconoce que la anulación de laudo cumple con ser una vía "igualmente satisfactoria que el amparo".

El calificar a la anulación de laudo como vía que brinda igual tutela que el amparo, significó tres cosas importantes:

a) Que no podrá activarse la vía constitucional de amparo para revisar los arbitrajes, ya que existía otra vía judicial igual de idónea para ese propósito, a la cual se debe acudir por mandato del art. 5, num. 2, CPConst[9];
b) Que la vía adecuada de tutela frente a los arbitrajes es la anulación de laudos, por lo que, como ordenan los arts. 63 y 64 LA, las partes deben esperar a contar con el laudo para poder activar medidas judiciales de control y, por ende, se ven obligados a no interrumpir el trámite del arbitraje para poder activar el control judicial que corresponda;
c) Si la anulación de laudo es igualmente satisfactoria que el amparo, entonces debe entenderse que es una vía adecuada

(9) Unos años después, el TC dictó el precedente Elgo Ríos (STC 2383-2013-AA, fd. 15) que precisó el art. 5, num. 2, CPConst y, con ello, qué requisitos debía cumplir la vía judicial paralela para ser considerada como igualmente satisfactoria que el amparo. Sin embargo, eso no ha generado mayores cambios en la jurisprudencia del TC sobre el escenario anterior.

para reparar los agravios generados contra "todos los derechos constitucionales" que son pasibles de amparo (art. 37 CPConst). Esto generaría una nueva causal de anulación de laudo adicional a las previstas en el art. 63 LA, según el cual los laudos o actuaciones arbitrales podrían ser anuladas si contravienen los derechos constitucionales. Solo si se entiende así la anulación de laudo, podría sostenerse válidamente que la anulación es una vía igualmente satisfactoria que el amparo, tal como manda la 12 Disposición Complementaria LA.

Como corolario lógico de todo lo anterior, el TC estableció que si se acudió a la anulación de laudo para la tutela de derechos constitucionales u otros agravios y no se obtuvo un fallo favorable, el justiciable no podría luego discutir los mismos agravios de derechos en la vía constitucional de amparo. En efecto, el hecho de que la anulación de laudo sea una "vía judicial igualmente satisfactoria", significa que sus fallos generan cosa juzgada y, por ende, dan por concluida la controversia sobre el asunto que han evaluado. No pasaba lo mismo cuando se consideraba a la anulación de laudo como solo una "vía previa" al amparo (precedente *Cantuarias*), pues en tal caso, sí se podía trasladar la discusión de fondo de esa "vía previa" a la vía judicial del amparo.

No obstante, en nuestro sistema jurídico, cualquier fallo judicial que agravia o amenaza derechos constitucionales está sujeto al control que prevé el art. 4 CPConst y que permite activar procesos de amparo contra resoluciones judiciales. En efecto, en el precedente *Minera María Julia,* el TC precisó que cabe aplicar esta última figura contra la sentencia dictada en el proceso de anulación si allí se agravió o amenazó derechos constitucionales, es decir, contra vicios cometidos por el Poder Judicial y no contra los supuestos vicios cometidos en el arbitraje.

Al respecto, existe consolidada jurisprudencia del TC que precisa que el amparo contra resolución judicial no es un foro más para discutir o una cuarta instancia para revisar el fondo de lo ya decidido en otro proceso judicial, sino que su propósito es solo tutelar nuevos agravios contra derechos constitucional, y que nacen de las mismas decisiones judiciales y no del fondo caso resuelto. Por eso, señala que "… tratándose de un amparo contra resoluciones judiciales, la competencia de este colegiado se limita a evaluar si la actuación jurisdiccional que se reputa lesiva afecta o no los derechos constitucionales de orden procesal" (STC 0743-2001-AA, fd. 2), aunque después el TC precisó que en su conocida sentencia del caso *Apolonia Ccollcca* algunas reglas adicionales, entre ellas, que en esos amparos se revisan agravios o amenazas contra cualquier derecho fundamental y no solo contra aquellos que integran el debido proceso (STC 3179-2004-AA, fds. 20-21).

En resumen, la regla del precedente *Minera María Julia* es que las partes no podrán iniciar amparos contra laudos y actuaciones arbitrales, sino que los cuestionamientos contra ellos deberán canalizarlos a través de la vía de anulación de laudo, cuya regulación impone un control judicial *a posteriori* de las decisiones arbitrales. Asimismo, se prevé que solo si en la instancia judicial se cometen nuevos agravios o amenazas contra los derechos constitucionales, podrán activar luego un amparo contra tales vicios que provengan del Poder Judicial (amparo contra resolución judicial), cuyo origen está en lo decidido en el proceso de anulación y no en el asunto que fue materia del arbitraje.

El diseño jurídico anterior, supone que las vías judiciales accesibles se engranan de tal manera que el recurrir a la anulación de laudo descarta el uso de la vía de amparo. Y luego de acudir y concluir la primera opción, aún cabe iniciar un proceso de amparo contra resolución judicial, por lo que vicios que hubieran ocurrido en esa vía judicial. Esto puede ser graficado de la siguiente manera:

7. Excepciones al precedente Minera María Julia

La regla general de este precedente es que las partes acudan al recurso de anulación de laudo que tiene un diseño de revisión judicial limitado (una sola instancia y por causales taxativas) y asegura que las partes no trasladen los intereses que los llevaron al arbitraje, a la vía judicial. Por eso, el art. 62, num. 2, LA dispone que en esa vía judicial está prohibido "pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral".

No obstante, puede afirmarse que ese interés de las partes se ve superado cuando

(i) se involucran asuntos que escapan a la esfera jurídica de ellos, por ejemplo, cuando las partes pretenden afectar los derechos de un tercero; (ii) o cuando los árbitros inaplican una norma jurídica al caso concreto (realizan control difuso); o, (iii) más grave aún, cuando ellos dejan de aplicar algún precedente vinculante dictado por el TC.

Precisamente, para esos tres casos en donde los intereses de las partes en el arbitraje se ven superados, el TC ha dictado el precedente en comentario que establece un régimen excepcional (fd. 21). Señala que podrá activarse en forma directa el proceso de amparo contra arbitrajes cuando: (i) es interpuesto por un tercero, ajeno al convenio arbitral, alegando que lo decidido en el laudo afecta sus derechos constitucionales, (ii) el amparista sostenga que el laudo contiene un control difuso de constitucionalidad sobre leyes cuya validez ha sido ratificada por el TC, y/o, (iii) cuando se alegue que el tribunal arbitral contraviene en forma directa y frontal algún precedente vinculante del TC.

7.1. Amparo por control difuso

Sobre el control difuso de constitucionalidad realizado por tribunales arbitrales surgen varias dudas. Una de ellas tiene que ver con los presupuestos que deben concurrir para los jueces y, de ser el caso, los árbitros, puedan ejercer aquel poder de control difuso y, por ende, puedan evaluar la inaplicación al caso concreto de las normas que se estimen inconstitucionales. Se trata de un asunto complejo que, sin duda ameritaría un estudio independiente[10]. Por tanto, en este espacio, nos avocaremos a una cuestión con menos variables, pero que es sumamente trascendente: hurgar en la interpretación que ha ensayado el TC para justificar la extensión del poder de control difuso a los árbitros.

El precedente de *Cía. Minera María Julia* habilita la activación de los procesos de amparo cuando los tribunales arbitrales realicen control difuso de inconstitucionalidad lo que. Reconoce así que los árbitros ostentan dicho poder. En un primer momento, el TC menciona como hipótesis habilitante del amparo, los casos en donde los árbitros ejerzan control difuso, inapliquen al caso concreto, normas cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el mismo TC (fd. 21). Sin embargo, al desarrollar esa causal el TC indica que, en realidad, se habilita el amparo siempre que se realice cualquier tipo de control difuso, sea o no una norma inaplicada previamente por el TC. Por lo que se fija la siguiente regla para los árbitros:

> Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes (fd. 26).

Sostiene el TC que el fundamento del poder de control difuso de los árbitros deriva de su reconocimiento como "jurisdicción arbitral" en el art. 139, num. 1, Constitución. Señala que, si los tribunales arbitrales tienen esa condición, entonces les corresponde el mismo poder de control difuso de constitucionalidad que tienen otros órganos jurisdiccionales como los jueces. Para arribar a esa conclusión, el TC recurre expresamente a una interpretación extensiva del art. 138 de la Constitución que reconoce la potestad de control difuso a los jueces[11].

No obstante, es errado sostener que la potestad de control difuso que prevé el art. 138 de la Constitución deba ser interpretado de manera extensiva. Se trata de una potestad estatal y, en cuanto tal, necesariamente debe interpretarse de manera restrictiva. Ya vimos que, de acuerdo con el principio de distribución de Carl Schmitt (reconocido por el TC), lo que se presume y, por ende, puede interpretarse en forma extensiva, son las libertades y derechos individuales (art. 2, num. 24, lit. a, de la Constitución); mientras que la actuación de los poderes del Estado y sus potestades solo puede interpretarse de manera literal y restrictiva (art. 45 de la Constitución). Sólo hay potestades estatales allí en donde existe norma habilitante, pues las competencias no se presumen, esto es una exigencia mínima del

(10) Castillo Córdova (2006, pp. 146-156) señala los presupuestos generales para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en los procesos de amparo y habeas corpus, mientras que Bustamante Alarcón (2019, pp. 96-115) desarrolla con mayor detalle los elementos especiales para ejercer ese poder en la vía del arbitraje.

(11) El TC sigue el siguiente razonamiento: "Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; por el contrario la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución… más aún si ella misma (…) impone a todos y no solo al Poder Judicial el deber de respetarla, cumplirla y defenderla" (fd. 24).

principio de separación de poderes. El principio de unidad que invoca el precedente de *Minera María Julia* como justificación exige lo contrario a lo que ese precedente predica: pide una lectura restrictiva y no una extensiva de las potestades estatales.

El principio de separación de poderes reconocido en la Constitución manda que las competencias se asignen por ley (arts. 43 y 45 de la Constitución). Sin embargo, en el precedente en comentario, es el TC y no el Parlamento quien ha decidido otorgar por vía pretoriana una de las potestades más trascendentes: el poder de no aplicar leyes y otras normas, el poder para superponerse a cualquier otro órgano estatal con poder legisferante, lo que es contrario al principio de división de poderes. Además, el TC otorga ese poder a los privados y a los árbitros, mas no a otros organismos estatales, lo que conlleva una enorme confusión sobre la idea misma de los sujetos de derecho público.

En suma, una interpretación desde la teoría constitucional descarta la posibilidad de extender el poder de control difuso a favor de los árbitros, tal como hace el TC. Sin embargo, una interpretación más pragmática podría inclinar la balanza a favor del reconocimiento de ese poder. Y es que, si no pudieran realizar control difuso, se generaría una situación en donde los árbitros se verían forzados a aplicar leyes inconstitucionales y, por ende, a forzar a las partes a soportar esa injusticia. Esto porque en los procesos de anulación de laudo no cabe revisar el fondo de las controversias (art. 62, inc. 2, LA), ergo, no cabría controlar la aplicación de las leyes inconstitucionales que se hubiera realizado. Ello significaría que se dejaría a las partes de un arbitraje en un estado de indefensión frente a la aplicación de leyes inconstitucionales, ya que no existiría una vía jurisdiccional en donde puedan defenderse frente a normas inconstitucionales. Tal vez podría salvarse esa encrucijada si se interpreta que el proceso de anulación de laudo -ahora repotenciado como vía igualmente satisfactoria que el amparo- contiene entre sus causales la protección de derechos constitucionales lesionados o amenazas por leyes inconstitucionales (tal como prevé el art. 3 CPConst), supuesto excepcional en donde correspondería a los jueces de anulación (y no a los árbitros) definir la inaplicación o no de posibles leyes inconstitucionales. En todo caso, esta encrucijada y el debate que le corresponde, superan el propósito de estas líneas.

Por lo pronto, podemos adelantar que los jueces de amparo, y los jueces en general, no son muy dados a inaplicar posibles leyes inconstitucionales; y la práctica arbitral sigue la misma tendencia. De hecho, sólo tenemos noticia de un caso en donde efectivamente los árbitros hayan ejercido ese poder de control difuso de constitucionalidad. Además de los vicios constitucionales antes indicados, la inaplicación de una ley de orden público al caso concreto puede viciar al laudo de tal manera, que haría bastante predecible la eventual nulidad del laudo y la consecuente responsabilidad de los árbitros.

En efecto, en el arbitraje voluntario entre el Ministerio de Trabajo y su Sindicato Único (Expediente de negociación colectiva 426-2018-SERVIR/GDSRH-NC), el Tribunal Arbitral inaplicó una ley de presupuesto que, a juicio del colegiado, afectaba el derecho constitucional a la negociación colectiva de los trabajadores[12]. Es decir, particulares decidieron que una ley dictada por el Parlamento no se aplique a un caso concreto. Los árbitros tendrían el poder de quitar fuerza de ley a un mandato legal. Formalmente es una decisión impecable, amparada en el precedente del TC. Incluso, puede ser que efectivamente la ley inaplicada contravenga la Constitución. Sin embargo, creemos que tal empoderamiento de los árbitros es inconstitucional, aunque esté avalada por nada menos que el mismo TC. El poder otorgado a los árbitros para que ejerzan la potestad pública de control difuso, sin que exista texto legal o constitucional que así lo autorice, constituye un exceso que contraviene el principio de división de poderes: el TC carece de competencias para "presumir" que la Constitución otorga poderes de control difuso a los árbitros. Esperamos que este caso sea materia de un proceso amparo que llegue hasta el TC para que éste tenga la oportunidad de corregir sus errores.

Vinculado con lo anterior, existen otros problemas que deberían analizarse, por ejemplo, cuando el TC ya inaplicó una norma en vía de control difuso de constitucionalidad, ¿los árbitros podrán replicar ese control? ¿Estarán jurídicamente obligados a seguir los criterios del TC en virtud del art. VI del Título Preliminar del CPConst? Asuntos trascedentes que exceden el propósito perseguido en estas líneas. Aquí nos basta con que haya quedado claro que, en virtud del precedente de *Minera María Julia*, es posible activar la vía de amparo de modo directo contra laudos que hubieran ejercido control difuso de constitucionalidad.

(12) https://storage.servir.gob.pe/negociacioncolectiva/Laudos/216_426_2018_SERVIR_GBSRH_NC.pdf, recuperado el 1 de noviembre de 2020.

7.2. Amparo por violar otro precedente

El otro supuesto que permite acudir de modo directo al amparo se daría en aquellos casos en donde se alegue que el tribunal arbitral contravenga algún precedente del TC. El no aplicar un precedente no significa una condena de muerte para el eventual laudo que hubiera incurrido en tal atrevimiento, sino que incluso en ese supuesto pueden existir razones legítimas que justifiquen el apartamiento del precedente y, con ello, que el control constitucional del amparo deba convalidar el laudo arbitral. Para explicar mejor esto, es conveniente un breve repaso sobre la noción de precedente.

En términos bastante generales, podemos decir que en el *common law* los precedentes se refieren a las reglas que se derivan de los principios, explícitos e implícitos, que se elevan como criterios centrales de las decisiones, de ahí que allá sea un asunto central la identificación de esos principios que constituyen la *ratio decidendi* de los casos resueltos(13).

En cambio, en nuestro país, los precedentes están contenidos en mandatos que fija el TC de modo directo y general en sus sentencias, al señalar específicamente: "la siguiente regla constituye precedente(…). Aunque muchas veces para comprender tales reglas es necesario recurrir a los demás elementos de esas mismas sentencias que nos indican el fundamento (*ratio decidendi*) que subyace en tales reglas y, por ende, nos permiten determinar sus alcances.

Son enormes las diferencias entre el precedente del derecho inglés y el peruano. Sin embargo, existen algunas similitudes que nos habilitan a trasladar ciertas nociones a nuestro sistema, sobre todo aquellas que sirven para mantener el dinamismo de un sistema jurisprudencial, como la técnica del *distinguishing* reconocida también por nuestro TC (STC 3361-2004-AA, fd. 5 y STC 4361-2004-AA, fd. 5).

Duxbury (2008, pp. 113-116) explica que esta técnica consiste en diferenciar los hechos que fueron relevantes e intrascendentes en una decisión judicial, a fin de demostrar que un caso presenta diferencias de tal magnitud que justifica que el criterio de esa decisión previa no le alcance. Pero, agrega, esto no significa que los jueces puedan burlar los precedentes cuando les convenga, sino que la actividad de distinguir no debe perturbar la autoridad del precedente, pues no se declara que éste sea errado, sino que es correcto solo que es inaplicable bajo otras circunstancias similares, pero con diferencias significativas.

De acuerdo con lo anterior, un laudo arbitral que se aparte de las reglas establecidas en un precedente del TC no sería inválido por ese solo hecho, sino que podría encontrar justificación, y ser convalidado en la vía del amparo, si contiene una adecuada aplicación de la técnica del *distinguishing*.

Lo que tratamos de demostrar es que el precedente de *Minera María Julia* solo ha previsto causales para la procedencia de amparos contra arbitrajes (actuaciones o laudos), pero el hecho de que concurran tales causales no significa, por sí solo, que las demandas de amparo que se activen, necesariamente, deban declararse fundadas. En todo caso, al igual que en el apartado anterior, desconocemos de prácticas en donde los tribunales arbitrales se hayan atrevido a apartarse de precedentes del TC.

7.3. Los terceros tutelados

Lamentablemente, sí abundan casos de terceros afectados por laudos dictados en arbitrajes que le fueron ajenos, pues fue la técnica usual de supuestas organizaciones criminales lideradas por Rodolfo Orellana y Vicente Díaz Arce. Frente a tales acciones, los terceros tuvieron que activar amparos para defenderse contra esos laudos ajenos que disponían de sus derechos. Así pasó con el caso de *Giovanni Paredes* (STC 3841-2012-AA) en donde el TC advirtió de la lesión de sus derechos constitucionales porque un laudo disponía de su propiedad sobre el conocido Camal de Yerbateros, a pesar de que fue dictado en un arbitraje tramitado entre dos empresas, sin intervención del *Sr. Paredes*(14).

(13) Cross y Harris (2012, p. 96) señalan que "la ratio decidendi de un caso es cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho juez". En el influyente trabajo de Goodhart (1930, p. 165) se advertía que la ratio decidendi "no es la regla de derecho establecida por el tribunal, o la regla enunciada(…) lo que necesariamente constituye el principio [ratio] del caso(…) puede que no se pronuncie una norma de derecho en la sentencia, o que la norma, cuando se mencione, sea demasiado amplia o demasiado estrecha", por lo que concluía que la determinación de la ratio decidendi se debe fundamentar en "los hechos tratados por el juez como materiales [relevantes] y su decisión basada en ellos", es decir, la conexión que permite ir de una al otro será el principio [ratio] aplicado al caso.

(14) Así también parece que pasa en el caso Cruz Gálvez Hernández (ATC 6721-2015-AA) en donde el TC ha ordenado al juez de primera instancia que admita una demanda de amparo formulada por un tercero contra un laudo dictado en un arbitraje en donde no fue parte y que, sin embargo, dispondría de su derecho de propiedad.

Casos de este tipo y similares inspiraron la excepción que habilita el amparo de terceros contra actuaciones arbitrales. Sin embargo, se trata de una regla que necesita ser precisada para que no se generen otras tergiversaciones, como creer que todo tercero que se sienta "afectado" por arbitrajes está habilitado para cuestionarlo judicialmente. Para eso debemos detectar, aunque sea de manera genérica, las clases de terceros que estaría habilitados y los que no, para activar el amparo.

Lo primero que debemos aclarar es que en lo sucesivo nos referiremos a los terceros propiamente dichos. Es decir, a los sujetos que son ajenos a la relación jurídica material o contractual y que, sin embargo, podrían ser afectados con los efectos de hecho o jurídicos de esa relación ajena. Este es un supuesto distinto a los sujetos que sí son parte de los arbitrajes, a pesar de generarse ciertas dudas sobre esa condición. Tal sería el caso, por ejemplo, de las partes no signatarias del convenio arbitral o del contrato que, a pesar de la ausencia de sus rúbricas en el acuerdo, sí deben ser considerados como parte del mismo porque se trata de un grupo de empresas vinculadas, porque participaron en la negociación o ejecución del acuerdo, porque el acuerdo forma parte de un único negocio más complejo, etc. Además, hay otros casos de arbitrajes en donde hay múltiples partes, en donde se debate el inicio de posibles casos con algunas partes o con todas ellas, el trámite de procedimientos paralelos, la consolidación de casos, la condición de demandado o demandante que deben tener u otros sujetos, las consecuencias y alcances de la exigibilidad del laudo, entre otras cuestiones[15].

En todos esos casos, los sujetos que integran la relación material y que tienen la condición de parte, deberán acudir a la vía de la anulación de laudo, tal como manda el art. 63, inc. 1, LA que, precisamente, habilita esa vía a las "partes".

El precedente de Cía. Minera María Julia, ha habilitado el proceso de amparo a los terceros, a los sujetos que son ajenos a la relación material y que, sin embargo, dicen ser afectados por el laudo dictado sin su intervención. Por lo que nos avocaremos a identificar la clase de terceros a los que se refiere el precedente.

Los terceros coadyuvantes (art. 97 del Código Procesal Civil) no son los legitimados según el precedente. Estos terceros tienen una relación de prejudicialidad-dependencia con respecto a la relación discutida en el proceso. La decisión que recae sobre la relación jurídica material de las partes involucradas en el proceso actúa como hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación del tercero, que tiene un nexo de dependencia frente a aquélla, por eso, en el proceso judicial se hablita la intervención del tercero, pero solo en defensa de los derechos de la parte a la que "ayuda" y no de sus propios derechos. Por ejemplo, el subarrendatario no es titular de la relación jurídica discutida en un proceso de desalojo entre propietario y arrendatario, pero es indudable que la relación jurídica de la que sí es titular depende de la controversia, de modo que la futura sentencia le afectará de modo reflejo.

Una sentencia o un laudo sobre una situación jurídica puede legítimamente generar lo que se conoce como "efectos reflejos" sobre otras relaciones de titularidad de terceros no intervinientes en el litigio. Eso no significa que se haya juzgado la relación jurídica del tercero sin su intervención, sino que se juzgó efectivamente las relaciones existentes entre las partes del litigio. Lo que pasa es que esa relación es el presupuesto o condicionante de otra que es de un tercero y, en tal sentido, tiene un efecto reflejo en su situación.

Para que esto sea posible, el tercero debe haber pactado libremente una relación jurídica que dependa de otra relación ajena (tal como ocurre con los subarrendatarios). Por tanto, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes o el tribunal arbitral constituido por éstas, legítimamente podrán negar la intervención de estos terceros coadyuvantes al arbitraje sin afectarlos jurídicamente, pues no se discuten sus derechos. A estos terceros sólo les queda aceptar la situación jurídica establecida entre las partes por el tribunal arbitral, que les será oponible, que podrá incidir sobre su propia relación jurídica dependiente. Todo esto indica que este tipo de

(15) El trabajo más conocido en la materia es del de Hanotiau (2005, pp. 2-3) que, desde el inicio, enumera las posibles controversias en torno a la identificación de las partes del arbitraje. También puede verse el trabajo de Born (2014, pp. 1404-1524) que tiene una amplia referencia de casos reales y Caivano que enumera los diferentes tipos de problemas materiales y procesales que se generan en los arbitrajes con relaciones jurídicas múltiples (2007, pp. 69-118). En nuestro país, Mori y Galluccio (2012, pp. 75-203) hacen un estudio de las partes no signatarias a las que se puede extender el convenio arbitral mediante las teorías del levantamiento del velo societario y del grupo de sociedades; a su vez, Mori (2016, pp. 149-164) hace un estudio jurisprudencial sobre las partes no signatarias, mientras que Matheus (2018, pp. 69-78) busca interpretar los alcances de nuestra regulación sobre partes no signatarias a partir de los actuales estándares internacionales sobre la materia.

terceros no son los afectados a los que se refiere el precedente *Minera María Julia*.

Distinta es la situación del tercero que no es parte de la relación contractual, ni aceptó tener una relación jurídica que dependa de otra que le es ajena y que, a pesar de eso, ve eliminado o mermado uno de sus derechos de modo directo, y no reflejo. Estos serán los únicos terceros legitimados al que se refiere el precedente de *Minera María Julia*. Estas situaciones se caracterizan porque se usa una relación jurídica totalmente ajena o desconocida por un sujeto para así eliminar uno de sus derechos a través de un arbitraje que le es ajeno. Este accionar malicioso se materializa a través de un arbitraje de cuyo trámite no se emplaza al tercero para ejerza su defensa y, en caso esto ocurra, el tercero no estaría obligado a ingresar a aquel arbitraje por no haberlo pactado.

Aquí debe tenerse mucho cuidado, pues puede ocurrir que alguien que se creía ajeno a una relación jurídica y la controversia arbitral vinculada a ella, sin embargo, sea incorporado al proceso como "parte no signataria", es decir, como parte de la relación jurídica, aunque no haya firmado su intervención en ella, tal como prevé el art. 14 LA[16].

Al respecto, el TC ha precisado que no se trata de un "tercero", sino de un sujeto que es parte del proceso y, como tal, debe ejercer sus defensas al interior de esa vía procesal y luego, de ser el caso, recurrir a un control posterior en vía de anulación de laudo. Ciertamente, en el caso *Deporsur* (STC 1989-2018-AA), la empresa fue incorporada como parte no signataria del arbitraje. Sin embargo, nunca se apersonó al arbitraje, ni ejerció defensa alguna, sino que acudió de modo directo al amparo alegando ser uno de los terceros que recoge el precedente de *Minera María Julia*. El TC declaró improcedente tal demanda de amparo al estimar que no era un tercero ajeno al arbitraje, si no que tuvo la condición de parte y que incluso pudo defenderse.

Pero el asunto es aún más complejo, pues litigantes inescrupulosos podrían usar la legítima figura de la "parte no signataria" para incorporar a arbitrajes a auténticos terceros, a sujetos ajenos a la relación material discutida, con el claro propósito de despojarle de sus derechos a través de una nueva modalidad de arbitrajes fraudulentos. De manera que, resulta esencial una adecuada comprensión de esa figura y de la relación material debatida para prevenir excesos e indebidas conversiones de terceros en parte de una causa arbitral.

O, como lo estudia Consolo (2012, p. 844), también pueden darse casos de terceros que, sin embargo, piden intervenir en un arbitraje en curso para plantear sus propias pretensiones, y las partes, junto al tribunal arbitral, consienten y/o deciden admitirlo. En tal caso, se generaría un nuevo convenio arbitral y una nueva relación procesal frente a los árbitros, ese tercero dejará de serlo, por voluntad de las partes, para adquirir la condición de parte y, por ende, se sujetará a las mismas reglas aplicables para las otras partes, como la revisión *a posteriori* de las actuaciones arbitrales y mediante anulación de laudo.

7.4. Sigue. Los terceros tutelados

Los usos fraudulentos del arbitraje fueron posibles por un desconocimiento de nociones básicas del derecho civil. Por ejemplo, en virtud del principio de relatividad (arts. 1352 y 1363 del Código Civil – "C.Civil"), las partes de un contrato solo pueden vincular a sus esferas jurídicas si media consentimiento. Incluso en los casos de contratos a favor de tercero (arts. 1457 y 1458, C.Civil) o de promesa de hecho de tercero (art. 1470 C.Civil) se necesita del consentimiento del tercero para incidir sobre su esfera jurídica. Lo mismo pasa con la figura de la venta de bien ajeno que requiere el consentimiento del titular del bien que interesa adquirirse (arts. 1537-1541, C.Civil).

Si a pesar de eso, se celebra un contrato para alterar la esfera jurídica ajena sin tener legitimación para disponer de esas situaciones ajenas, ese acuerdo será inoponible para los titulares de tales situaciones, pues no se podrá alterar su esfera jurídica sin su voluntad. Es decir, si se mira esta situación desde una perspectiva totalmente civilista, un contrato no puede disponer de derechos de un tercero salvo que se cuente con su consentimiento expreso. La misma situación debería seguirse en los laudos: un laudo no puede afectar la esfera jurídica de un tercero ajeno a la relación obligacional de la cual surgió la controversia materia de decisión arbitral. Si se hubiera entendido esto, los árbitros y los registradores que no estaban

(16) Artículo 14 LA. Extensión del convenio arbitral.
El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

coludidos y a quienes se presentaron los arbitrajes fraudulentos para despojar o incidir sobre derechos de terceros, hubieran advertido que las actuaciones arbitrales no podían tener ninguna eficacia sobre los terceros, que tales actos les eran inoponibles(17).

Pero el descaro de los arbitrajes fraudulentos no quedo ahí, sino que incluso buscó -y muchas veces, obtuvo- la colaboración judicial. Varios terceros se enteraron de esos arbitrajes y laudos fraudulentos cuando les notificaron las demandas de caducción de laudo que les conminaban a desalojar el bien porque un laudo -que hasta ese momento desconocían- había eliminado o preterido sus legítimos derechos sobre tal bien. Ciertos jueces ordenaban la ejecución de esos laudos, sin mayor análisis de su legitimidad. Sostenían que tenían la calidad de cosa juzgada y, bajo esa bandera, no tenían ninguna opción para cuestionarlos y negar su ejecución.

Tal respuesta también evidenciaba que los mismos jueces desconocían instituciones procesales básicas. Ciertamente, los laudos tienen la calidad de cosa juzgada que se deriva de la cualidad "jurisdiccional" del arbitraje. Eso permite que los laudos, al igual que las sentencias, no se pierdan en un kafkiano laberinto de interminables revisiones, anulaciones o revocaciones judiciales. La seguridad jurídica exige dar por terminado de modo definitivo el pleito, de modo que nadie lo pueda revisar. Cuando eso ocurre, la decisión tiene valor de cosa juzgada. Eso hace que lo decidido se torne en inmutable.

La cosa juzgada hace inmutable la decisión, pero los efectos de esa decisión definen sobre qué asunto (límites objetivos) y sobre quiénes (límites subjetivos) recae tal inmutabilidad. A pesar de confundir entre cosa juzgada y límites subjetivos de la sentencia, el penúltimo párrafo del art. 123 del Código Procesal Civil advierte que las únicas situaciones jurídicas que están en aptitud de adquirir inmutabilidad por la cosa juzgada son aquellas situaciones creadas por una sentencia respecto de las partes de un proceso o respecto de quienes intervienen en las causas.

Por ejemplo, A y B son partes de un proceso sobre mejor derecho de propiedad y duplicidad de partidas, donde A gana por tener la partida registral más antigua. Tal sentencia será inmutable en la relación entre A y B, pero de nada servirá para sacar del inmueble a C quien dice ser el propietario por prescripción y no intervino en aquel proceso. Los límites subjetivos de la sentencia permiten vincular a las partes, pero no permiten extenderla a un sujeto que no tuvo intervino ni tuvo contradictorio en ese proceso. El derecho de defensa exige otorgar la posibilidad de contradictorio al titular de la esfera jurídica que vaya a alterase.

Por consiguiente, la sentencia o laudo que hubiera definido la situación entre A y B mantendrá su carácter inmutable, su valor de cosa juzgada, entre esas partes. Pero eso no significa que pueda alterar, o que sea inmutable respecto de terceros como C. Esto debieron advertir los jueces: la cualidad de cosa juzgada no permite extender los alcances subjetivos de los laudos para alterar los derechos de terceros, los jueces debieron declarar la inejecutabilidad o inoponibilidad de esos laudos sobre terceros ajenos, sin que eso signifique afectar la cosa juzgada.

Parece que muchos jueces que tramitaban los pedidos de ejecución de laudos manifiestamente fraudulentos desconocían estas nociones. Sostenían que los laudos tenían la calidad de cosa juzgada y, por ende, eran inatacables, sin advertir que los límites subjetivos de las decisiones -que impide alterar derechos de quienes no son parte- constituyen una exigencia ínsita y no ajena a la naturaleza de la cosa juzgada. Aunque debemos cuidar de no desnaturalizar esto último.

En efecto, como ya advertimos, no toda persona que se considere "afectada" con una sentencia o laudo dictados en una causa ajena, puede sostener que, debido a los límites a la eficacia subjetiva de laudos y sentencias, debe ser totalmente ajeno a esas decisiones. Y es que no basta con una mera incidencia del fallo sobre un tercero para considerar que excede sus límites subjetivos, éste solo estará agraviado en sus derechos con una decisión ajena si le genera un agravio jurídico directo, y no una incidencia refleja sobre su situación(18).

(17) Una referencia a la manera de operar de esa clase de arbitrajes puede verse en los artículos de Davelouis (2014). De hecho, los autores defendieron distintas causas en donde ese fue el proceder denunciado por los afectados en la vía penal y en sendos procesos de amparo. Sin embargo, también existieron otras modalidades de estafa que implicaban la falsificación de las firmas de los propietarios.

(18) En ese sentido, Liebman (1946, p. 177) señala que "no todos los terceros perjudicados por la sentencia tienen la facultad de rechazar su efecto (…) [eso] es admisible sólo si se apoya en un interés jurídico. Por eso, todos los terceros que sufren por la sentencia un simple perjuicio de hecho no tendrán aquella facultad; la cual corresponderá sólo a los que son titulares de un derecho incompatible con la sentencia, estando, por consiguiente, jurídicamente perjudicados por ella. Dentro de tales supuestos están los 'terceros jurídicamente indiferentes' (ej., todos los acreedores del vencido) que son perjudicados de hecho por la sentencia y que no podrán,

Por último, se debe resaltar que la posibilidad de que un tercero cuestione la eficacia de un laudo que le resulta ajeno porque no fue parte del convenio arbitral que lo generó y/o del convenio arbitral, en modo alguno puede significar un control judicial sobre la legitimidad de lo decidido en el fondo del caso. Simplemente, significará que el Juez verificará que lo que hubiera decidido el laudo arbitral contra el tercero ajeno, no podrá serle eficaz u oponible, esto es, no podrá alterar su esfera jurídica.

Esta es una descripción bastante genérica de un asunto mucho más complejo que hemos atendido en otros lugares y a los cuales nos remitimos.

8. Sobre los alcances del art. 3 LA

Con estos elementos es más sencillo el análisis del art. 3 de la Ley de Arbitraje y de las manifestaciones del principio de mínima intervención judicial.

8.1. Articulación de vías arbitrales y judiciales

Como señala el Juez inglés Lord Mustill, citado por Redfern y Hunter (2016, p. 428), la relación entre arbitraje y corte judicial puede ser entendida como una carrera de relevos. En la etapa inicial, el Poder Judicial puede tomar medidas preventivas para asegurar la eficacia de lo que se discutirá una vez abierto el litigio. Pero luego los árbitros toman las riendas, cogen la posta de la cautelar decidida por el juez, y llevan el proceso hasta la resolución de la causa. Finalmente, le devuelven la posta al Juez para que verifique si la carrera fue llevada con justicia y, en su caso, para que le presten sus poderes coercitivos a fin de ejecutar lo decidido.

Ya vimos cómo es que se articula arbitraje y su mecanismo ordinario de control (la anulación de laudo), así como sus vías excepcionales de control judicial (amparo). De modo que resulta necesario referirnos al apoyo judicial que se requiere durante la carrera arbitral. Por ejemplo, para la declaración de un testigo, el tribunal arbitral necesitará del apoyo judicial porque no tiene poderes sobre una persona que no suscribió el convenio arbitral y, además, no tiene coerción que lo obligue a comparecer. Lo mismo impide que el tribunal arbitral ejecute cautelares con mandatos que involucran a terceros, como la orden a un banco de que congele una cuenta, la toma de muestras (para pericias) de productos ubicados en el almacén de un tercero o el acceso a documentos en poder de terceros.

En efecto, lo más común es que se necesite de la colaboración del Poder Judicial para hacer uso de sus poderes coercitivos, de su poder para imponer sus decisiones sobre terceros ajenos al arbitraje (que no son afectados, pero que pueden colaborar o facilitar con ciertas actuaciones) o sobre partes renuentes a cumplir los mandatos arbitrales. Eso pasa, por ejemplo, con la actuación de ciertas pruebas en poder de terceros o en poder de una de las partes, pero que se niega a entregar (art. 8, num. 1 y art. 45). También pasa con la ejecución de mandatos cautelares dictados en arbitraje que necesitan de ejecución forzosa (art. 8, num. 2, LA, art. 4, nums. 4 y 5, LA y art. 47, num. 9, LA) pues, por ejemplo, varias entidades financieras se niegan a ejecutar mandatos cautelares de embargo en forma de retención sobre cuentas de sus clientes, si tales mandatos provienen de tribunales arbitrales y no de un juez. Lo más usual es que se necesite de la colaboración judicial para la ejecución forzosa de laudos nacionales e internacionales (art. 8, num. 3, art. 59, num 3 y art. 68) o de laudos extranjeros ya reconocidos (art. 8, num. 6, art. 74, art. 77, art. 78 y 14ª Disposición Complementaria).

De cualquier modo, en virtud del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, estimamos que las partes no necesitan de la autorización expresa del tribunal arbitral para que puedan solicitar de modo directo la colaboración judicial dirigida a ejecutar las decisiones arbitrales, siempre que exista un incumplimiento que efectivamente justifique el pedido de colaboración dirigido al juez y que este estime que el mandato no contraviene el orden público o leyes prohibitivas expresas que limitan siempre la autonomía de la voluntad (art. 2, inc. 14 y art. 62, de la Constitución; art. 45, inc. 3, LA). En efecto, el Juez debe evaluar la licitud de la medida arbitral, pues no es un mero colaborador que ejecuta los comandos arbitrales, sino que

por consiguiente, alzarse contra ella". O, como ejemplifica Chiovenda (1954, p. 475) "todos, pues, están obligados a reconocer la cosa juzgada entre las partes; pero no pueden ser perjudicados por ella. Por perjuicio se entiende no un perjuicio de mero hecho, sino un perjuicio jurídico. Por ejemplo, el heredero puede ser perjudicado de hecho por los fallos obtenidos por tercero contra su causante; y sin embargo, él está sometido a esos fallos; el acreedor es perjudicado de hecho por la cosa juzgada que reconoce nuevas deudas de su deudor, pero él no puede impedir por ello los efectos que le perjudican".

siempre sus actuaciones deben sujetarse dentro del margen de la constitucionalidad.

No sostenemos que, en vía de colaboración, los jueces puedan invalidar actuaciones arbitrales. Lo que decimos es que no podrán ejecutar medidas que excedan sus propias competencias. Por ejemplo, si un mandato arbitral ordena la actuación de ciertas pruebas que requieren el levantamiento del derecho al secreto de las comunicaciones, no podrá ser ejecutado por un juez, ya que él mismo tiene limitada esa posible intervención sobre el indicado derecho constitucional. Los jueces pueden intervenir sobre las comunicaciones sólo en los casos previstos en la ley (art. 2, num. 10, de la Constitución) la misma que solo habilita al Ministerio Público a solicitar tal intervención, con el propósito de perseguir ciertos delitos y siempre que se cumplan ciertos requisitos (art. 231 del nuevo Código Procesal Penal), que no cumplen los tribunales arbitrales.

También se requiere la colaboración judicial para algunas medidas arbitrales foráneas que necesitan del poder estatal para adquirir juridicidad en el territorio peruano. Eso pasa, por ejemplo, cuando se pide el reconocimiento de medidas cautelares y/o de laudos extranjeros (art. 8, num. 5, art. 48, num. 4, art. 74 y art. 75, num. 8, 76 y 78) que buscan surtir efectos, ser vinculantes, en el Perú.

8.2. ¿La anulación de laudo como vía inadecuada para los terceros y las partes?

La LA reconoce que el Poder Judicial es la entidad de revisión de validez de los arbitrajes a través de la anulación de laudos nacionales e internacionales (arts. 62-66, LA) y por causales taxativas. Y ya verificamos que el precedente de *Minera María Julia* abre la posibilidad de revisar la validez de laudos en vía de amparo para tres supuestos excepcionales como el caso de terceros afectados en sus derechos por laudos o actuaciones arbitrales ajenas.

El tránsito por la vía de anulación de laudo sólo puede imponerse a las partes de un proceso y no a los terceros, lo que tiene una explicación más profunda que la simple previsión en el referido precedente. Y es que las partes del convenio arbitral voluntariamente renunciaron a que su causa sea vista en el sistema judicial, siendo por ende legítimo que ellos deban sujetarse a un proceso judicial de instancia única y de cognición limitada como es la anulación del laudo[19]. Por consiguiente, imponer al tercero ajeno al convenio arbitral que recurra a la instancia única del recurso de anulación de instancia única para lograr la invalidez y/u inoponibilidad de un laudo, supondría una lesión de su derecho a la doble instancia y su derecho al juez natural. Se estaría imponiendo al tercero que la resolución de sus asuntos, que no ha acordado sustraer del ámbito judicial, se vean en una sola oportunidad y por jueces del recurso de anulación a los cuales no acordó someterse.

No obstante, el TC ha abierto la posibilidad de que las partes de un arbitraje también puedan acudir de modo directo a la vía de amparo y no a la anulación de laudo. Así, en un proceso de arbitraje en donde se discutía el *quantum* de la indemnización justipreciada de una expropiación, se emitió un laudo arbitral que ordenaba el pago de cierto monto, bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación. Como la entidad no pagó en el plazo fijado, el mismo tribunal arbitral ejecutó su apercibimiento y declaró la caducidad de la expropiación. El Estado planteó demanda de amparo y el TC consideró que ella no contradecía los criterios del precedente de *Minera María Julia* porque ésta no preveía la tutela contra actuaciones arbitrales distintas al laudo que desnaturalizaran su ejecución. Por tanto, la demanda de amparo era procedente en ese extremo porque no contradecía el precedente, pero igual fue desestimada por el TC porque las actuaciones arbitrales impugnadas no desnaturalizaban lo decidido en el laudo (RTC 8448-2013-AA, fds. 11-12).

La justificación del TC para estatuir ese *distinguishing* al precedente, es bastante pobre. El argumento del Estado era que el

(19) Así lo tiene dicho el mismo TC: "(…) la decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (…) conlleva una renuncia expresa a que dicha litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con determinadas garantías formales que integran el derecho al debido proceso; y ii) además del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, cuya renuncia es ínsita a la decisión de someterse a un tribunal arbitral, otra de las garantías formales del debido proceso a las que se renuncia con dicha decisión lo constituye el derecho a la pluralidad de instancias, cuya titularidad y ejercicio está previsto sólo para el caso de las personas que deciden someter sus diferencias ante el Poder Judicial. En sede arbitral, en efecto, no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural" (STC 1755-2007-AA, fd. 3 y 5 y STC 3261-2005-AA, fd. 4 y 5).

apercibimiento de caducidad contenida en el laudo y ejecutado después, era lo que justificaba su pedido de tutela judicial. Siendo así, el TC podría haber advertido, sin necesidad de hacer una distinción, que la entidad estatal tuvo abierta la opción de acudir a la vía ordinaria de anulación de laudo para cuestionar lo que, a juicio de la entidad, era un apercibimiento inválido contenido en el laudo. Por tanto, el TC debió declarar que el amparo era improcedente ya que la entidad tuvo la oportunidad de activar la vía ordinaria y no lo hizo.

La razón adecuada para hacer la distinción que habilite a las "partes" a acudir al amparo debe ésta: existe una resolución arbitral posterior al laudo que desnaturaliza su ejecución y alcances, pero que ya no puede ser objeto de un recurso de anulación de laudo porque, por ejemplo, se expidió fuera del plazo para interponer esa demanda. Es decir, solo ante la imposibilidad de usar la vía ordinaria, cabría que las partes activen el amparo. Tal pareció ser el caso de Luz del Sur (STC 2630-2019-AA) que inició un proceso de amparo solamente dirigido a cuestionar resoluciones arbitrales de ejecución que no tuvo oportunidad de cuestionar en el recurso de anulación de laudo. Si bien el TC desestimó la demanda de amparo, consideró que era procedente en virtud del *distinguishing* antes indicado.

El TC también ha buscado instaurar un *distinguishing* para el caso de terceros no afectados por laudos, sino por otras actuaciones arbitrales. Tal podría ser el caso, por ejemplo, del tercero afectado con un mandato arbitral que, para dirimir una controversia ajena, ordena la actuación de pruebas que agravian su secreto de las comunicaciones, su secreto profesional o alguna otra libertad protegida. ¿Cómo podrá defenderse el tercero? El diseño del precedente de *Minera María Julia* considera la hipótesis de laudos que afecten derechos de terceros y no otras actuaciones arbitrales previas o posteriores que afectan a terceros, lo que, como reconoce el mismo TC[20], da espacio para hacer un *distinguishing* que les habilite a activar de inmediato al amparo, sin esperar al laudo.

No obstante, también podría alegarse que esos terceros podrán defender sus derechos constitucionales ante el juez que colabore con ejecutar la actuación arbitral (por ejemplo, pruebas o cautelares), lo que podría descartar el uso del amparo como vía de defensa o, en todo caso, que recién lo habilitaría si el juez colaborador no tutela los derechos constitucionales del tercero, de modo que éste deba activar un amparo contra la resolución judicial de tal juez. El hecho que el único criterio del TC vinculado al asunto no considere esta última y natural hipótesis, indica que el asunto no se resuelve aún de forma definitiva, sino que se necesitan de mayor precisión en la práctica jurisprudencial o un mayor estudio de la doctrina.

Además, conocemos de otros casos judiciales en donde parece razonable que las "partes de la relación jurídica" invoquen la aplicación de un *distinguishing* al precedente de *Minera María Julia*, para poder activar procesos de amparo contra arbitrajes y no procesos de anulación de laudo. La urgencia del caso y las pruebas de que se yergue un arbitraje fraudulento, son lo que ha justificado crear esas distinciones. Aunque, cabe aclarar, se trata de casos que aún se encuentran en primera instancia judicial[21].

La realidad es rica en ejemplos, pues se pueden dar situaciones distintas a las enumeradas que también requieran de la

(20) En una resolución (no sentencia) ya citada el TC señaló que: "(…) el referido precedente vinculante no resulta aplicable a los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, el alegado agravio a los derechos fundamentales proviene de resoluciones arbitrales distintas al laudo arbitral, concretamente de resoluciones arbitrales expedidas en la fase de ejecución del laudo arbitral" (RTC 8443-2013-AA, fd. 11). El TC también hace distinguinshing para el caso de medidas cautelares dictadas al interior de un arbitraje aún no concluido, habilitando así la posibilidad de que el tercero active el amparo (STC 3482-2013-AA, fds. 6-8).

(21) En la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 6105-2016), tenemos el caso de una persona que tenía una pretensión de indemnización extracontractual por un supuesto accidente padecido dentro de un supermercado. Sin convenio arbitral alguno, dicha persona inició un arbitraje ante la institución arbitral llamada Colegio Nacional de Conciliadores Extrajudiciales del Perú que, según sus reglas arbitrales, designó un árbitro único que, de inmediato ordenó trabar medida cautelar de embargo sobre las cuentas de la empresa. Eso motivó que la empresa no espere a la continuación de ese fraudulento arbitraje para iniciar su demanda de anulación de laudo, sino que formule de inmediato demanda de amparo. El Juez de primera instancia ha declarado fundada la demanda de amparo, precisamente, haciendo la distinción del precedente.
En la Corte Superior de Justicia de Amazonas (Expediente 0215-2020), un Consorcio tenía un contrato de la Municipalidad Provincial de Moyobamba con un convenio que establecía un arbitraje sometido a las reglas y administración de los centros arbitrales de la PUCP o del OSCE. Sin embargo, la Municipalidad inició un arbitraje ante el Centro de Arbitraje Latinoamericano y de Investigaciones Jurídicas y, a pesar de las oposiciones de la parte demandada, insistió en asumir competencia y en designar a los árbitros del caso. Eso motivó que el Consorcio formule demanda de amparo que suspenda el trámite del arbitraje, causa en donde el Juez ha dictado una medida cautelar que suspende el trámite del cuestionado proceso arbitral.

intervención judicial, lo que debe evaluarse caso por caso y con una visión muy restringida. Por ejemplo, en el caso *National Iranian Oil Company (NIOC) contra Israel*, se pactó el sometimiento al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París ("CCI"), pero no se acordó el lugar del arbitraje. Cuando NIOC demandó al estado de Israel, éste no designó a su árbitro de parte lo que evidenció un vacío pues el Reglamento Arbitral solo habilitaba a que la CCI designe al presidente del Tribunal Arbitral y no al árbitro de parte. Si bien la ley israelí preveía que en esos casos el Juez debía designar el árbitro, NIOC no podía acudir a los Tribunales de ese país, pues debido a la revolución de 1979, Irán era considerado un estado enemigo de Israel, por lo que acudió a las Cortes de París, donde la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación (Casos 01-13742 y 02-15237) rechazó las impugnaciones del Estado y designó al árbitro del demandado.

Lo anterior fue posible gracias a que en Francia los artículos 1451 y 1454 del Código de Procedimiento Civil francés (modificado el 2011 por el Decreto 2011-48) prevén que, ante los problemas de constitución del tribunal arbitral, se podrá acudir al juez competente. Sin embargo, estimamos que una esta intervención judicial similar no podría ser rechazada en virtud del art. 3 LA que recoge el principio de no interferencia judicial. Eso porque la intervención judicial antes descrita no tuvo como propósito cerrar o perturbar el inicio, trámite o eficacia del arbitraje, sino que buscó abrir las puertas a la vía arbitral.

8.3. La independencia de los tribunales arbitrales

El art. 3, num. 2, LA consagra la independencia de los tribunales arbitrales, de modo que no estén sujetos a mandatos externos que menoscaben sus funciones. Se reconoce aquí la usual garantía de independencia judicial en el campo arbitral.

Al respecto, el art. 139, inc. 2 de la Constitución consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional "la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional", de modo que "ninguna autoridad puede (…) interferir en el ejercicio de sus funciones". Tales perturbaciones no solo pueden provenir de jueces, sino del legislador que pretendiera alterar de modo inválido la eficacia de los acuerdos o de los procedimientos arbitrales, o de entidades administrativas, e incluso de instituciones arbitrales. Es decir, la garantía de la independencia tiene amplio espectro y puede ser opuesta a cualquier ente o sujeto que pretenda influir o perturbar en el ámbito netamente jurisdiccional, esto es, en la interpretación y aplicación del Derecho, en la valoración del material probatorio y/o en el trámite mismo del procedimiento arbitral.

En efecto, el TC entiende que el principio de independencia impide que "(…) sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso" (STC 00023-2003-AI, fd. 29 y STC 0004-2006-AI, fds. 17-18). Eso puede ocurrir, agrega el TC, por ejemplo, ante

> (…) el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial [o de un Tribunal Arbitral], hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel (STC 4952-2011-AA, fd. 5).

De acuerdo con lo anterior, el principio de independencia de la función jurisdiccional no sólo supone una prohibición hacia terceros de no intromisión, sino que exige medidas positivas de sus titulares (en este caso, de los tribunales arbitrales) para no permitir o rechazar cualquier intento de interferencia o perturbación de cualquiera de sus funciones jurisdiccionales.

Por lo demás, recientemente el voto mayoritario de la STC 0003-2020-AI (fds. 64-77) reconoce la aplicación del principio de independencia judicial a los arbitrajes. Esto con motivo de los reclamos de inconstitucionalidad contra el art. 6, num. 6.4 y la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto de Urgencia 014-2020[22]. Esta última norma disponía que, en un arbitraje derivado de una negociación colectiva con trabajadores del sector público que pudiera afectar la disponibilidad presupuestaria, el Ministerio de Economía y Finanzas emitirá un Informe Económico Financiero para la eventual revisión y suspensión del convenio colectivo en cuestión y/o del laudo arbitral.

Lo curioso es que el art. 6, num. 6.4, del referido Decreto va más allá al disponer que si el convenio colectivo o el laudo contraviene el Informe Económico, incurre en causal

(22) Cabe aclarar que, de acuerdo con el art. 5 de la Ley Orgánica del TC, se necesitan de cinco votos conformes para que el TC pueda declarar la inconstitucional de una ley. En este caso, hubo cuatro votos a favor para que se declare fundada e inconstitucionales las normas referidas. Sin embargo, los otros tres votos optaron por declarar improcedente la demanda debido a que la Ley 31114 derogó el Decreto de Urgencia 014-2020. Es decir, no hubo desacuerdo con respecto al contenido del voto en mayoría, sólo se consideró que había operado la sustracción de la materia. Por tal motivo, usamos como criterio orientador el voto en mayoría.

de nulidad y los árbitros son pasibles de acciones civiles, administrativas y penales. El voto en mayoría del TC (fds. 78-82) resaltó que lo anterior podría generar una afectación del principio de independencia de los árbitros, al imponérsele la obligación de darle un valor probatorio absoluto a los Informes Económicos (una suerte de prueba tasada). Por eso, se estimó que las normas citadas no eran inconstitucionales si eran interpretadas no como mandatos absolutos, sino que dejaban a los árbitros la libertad para valorar dicho Informes y su adecuación o no con los principios presupuestales.

Una afectación similar al principio de independencia arbitral se aprecia en la modificación incorporada por el Decreto de Urgencia 020-2020 al art. 8, num. 8.2, LA. Tal norma dispone que en los arbitrajes en donde el Estado es parte afectada con una medida cautelar, se exigirá como contracautela una carta fianza bancaria cuyo monto podrá ser definido por el juez o árbitro, pero que en ningún caso deberá ser menor a la garantía de fiel cumplimiento prevista en el contrato. Otra vez, el legislador impone el valor probatorio que se deben asignar a ciertas pruebas, en específico, a las pruebas de un pedido cautelar.

Recuérdese que, de acuerdo con el art. 613 del Código Procesal Civil, la contracautela asegura que el afectado con una cautelar pueda ser resarcido si se generan daños indebidos con la ejecución de aquella. En tal sentido, se dispone que el juez valorará la causa para definir la naturaleza y monto de la contracautela que sea adecuada a cada caso. En cambio, el art. 8, num. 8.2, LA, elimina esa independencia, pues obliga a que los jueces y árbitros no valoren que la contracautelar sea adecuada, sino que le imponen un solo tipo de contracautela posible, e incluso define el monto mínimo que debe tener ésta. Esto lleva a situaciones tan absurdas como obligar a las partes a ofrecer como contracautela cartas fianzas para una medida cautelar de no ejecución de otras cartas fianzas que fueron entregadas para garantizar las prestaciones del contrato. Se trata, sin duda, de una afectación de las garantías del debido proceso, en su modalidad de independencia de los órganos jurisdiccionales.

En resumen, el art. 3, num. 2, LA reconoce la posibilidad de trasladar la garantía de independencia jurisdiccional al campo arbitral, cuyos alcances no solo se limitan a impedir la intromisión judicial, sino cualquier otra que pretenda perturbar la función jurisdiccional que corresponde a los árbitros en la interpretación y/o aplicación del Derecho, la valoración de las pruebas, la decisión y el trámite mismo del procedimiento arbitral.

8.4. Protección del fuero arbitral por el *kompetenz-kompetez*

El art. 3, num. 3, LA consagra el principio *kompetenz-kompetez* que será materia de un estudio separado (art. 40, num. 1, LA). Basta por ahora resaltar que la finalidad de ese principio es evitar que un Juez cuestione la competencia de un tribunal arbitral para conocer de un caso y así trunque el inicio y trámite del arbitraje, tal como ocurrió en el caso de *Exploraciones Algamarca* antes desarrollado.

El principio *kompetenz-kompetez* no resta importancia al control judicial sobre la competencia de los árbitros para decidir un caso. Solo precisa cuándo corresponde ese control. En términos prácticos, Paulsson (2005) explica que:

> Los árbitros deben poder decidir las objeciones a su competencia en lugar de verse obligados a detener su trabajo y esperar una determinación judicial. De lo contrario, quien invoca legítimamente un convenio arbitral válido deberá gastar mucho tiempo y dinero en procesos judiciales (…) solo para saber, después de muchos años, que volverá al lugar inicial, aunque luego someterse al tipo de las batallas que las partes convinieron evitar, por lo que comenzará desde el inicio un caso obsoleto o sin recursos. Igualmente, si la recusación competencial era válida, solo un tribunal podría tomar esa decisión, el tribunal arbitral debe ser ese paso innecesario, a pesar de sus cuestionamientos, hasta pasar la posta a un juez.

Así se asegura la eficacia del acuerdo de ir a un arbitraje y se evita cualquier interferencia en su trámite. La eventual decisión del tribunal arbitral que confirma su propia competencia recién debe ser objeto de revisión judicial al final del arbitraje, junto con el Laudo. En virtud del *kompetez-kompetenz*, ningún ente distinto al designado por las partes para un caso (sea judicial, administrativo o incluso arbitral) podrá, interferir o dirigir el proceso arbitral.

Es ilustrativo el caso Himpurna California Energy Ltd. y otro contra Perusahaan Listruik Negara (PLN), regido por el Reglamento UNCITRAL. Paulsson (2005, pp. 150 y ss.), árbitro del caso, recuerda que después de que PLN fue condenando a pagar una indemnización, otra empresa estatal obtuvo una cautelar que dispuso que ese y otro arbitraje sean suspendidos. Los árbitros consideraron arbitraria esa injerencia y, conforme a sus atribuciones para definir su competencia, decidieron continuar el arbitraje con audiencias en La Haya, sin cambiar del lugar del arbitraje (en Yakarta, Indonesia). Pero las autoridades indonesias interceptaron

a uno de los árbitros (nacional de ese país) para que no asista a las audiencias. El incompleto Tribunal acordó que tenía facultades para continuar y laudar, negándose a ceder su competencia.

8.5. Algunas experiencias del derecho comparado

Finalmente, el art. 3, num. 4, LA dispone que además del control judicial en vía de anulación de laudo no cabe otra forma de intervención judicial. Ya vimos que el TC dictó un mandato vinculante para abrir la posibilidad de revisión en vía de amparo para supuestos específicos, asunto que estimamos legítimo en la medida que se trata de intervenciones excepcionales que no desnaturalizan la figura del arbitraje, ni se pueden activar mientras esté siga en curso.

En el derecho comparado, un intento del Poder Ejecutivo para truncar arbitrajes se vio en *Société des Grands Travaux de Marseille contra East Pakistan Industrial Development Corporation*, administrado por la CCI (Caso 1803). Se demandó a la empresa pública paquistaní por un contrato de construcción de gaseoducto, pero dos años después, el lugar pasó a la República Popular de Bangladés, que por Decreto Presidencial traslado la titularidad a *Bangladesh Industrial Development Corporation* y ordenó el cese de los arbitrajes, de modo que "ningún laudo o decisión dictada en tales procedimientos tendrá efectos, ni será vinculante o exigible" para el Estado y su empresa nacional. Esa Orden Presidencial fue una respuesta a la decisión del árbitro de reemplazar como demandado a la empresa paquistaní por la empresa bangladesí y su Estado. Luego del Laudo favorable a la empresa francesa, Bangladés inició acciones judiciales y logro que el Tribunal Federal Suizo (lugar del arbitraje) anulara el Laudo por incorporar a terceros ajenos al convenio arbitral.

También hay casos donde es el legislador quien buscar truncar arbitrajes. En *Stran Greek Refineries y otro contra Grecia*, se dictó un Laudo que ordenaba un pago a favor de la empresa del Sr. Stran por el incumplimiento de obligaciones vinculadas con la construcción de una refinería. Eso motivó una demanda de anulación de laudo del Estado y, ya en la instancia final del proceso, el dictado de una Ley del Parlamento griego que disponía que los contratos celebrados en el período de la dictadura militar quedaban derogados, efecto que se extendió hasta las cláusulas arbitrales pactadas. El Laudo finalmente fue anulado por el Tribunal de Casación griego al considerarse que la referida Ley había generado que los árbitros perdieran jurisdicción para resolver la controversia. Finalmente, el Sr. Stran acudió hasta el TEDH (ver *supra* nota a pie 2) que extendió protección al solicitante contra Grecia por agraviar sus derechos al debido proceso y a la propiedad, debido a que el Estado había interferido en un proceso judicial e impedido la eficacia de un mandato que reconocía derechos al solicitante.

9. A modo de conclusión

Como se habrá podido verificar, la articulación entre vía arbitral y judicial encierra mucho mayor complejidad que un simple control judicial posterior de un laudo.

De un lado, el principio de no interferencia en los arbitrajes ordenados por ley y no en la autonomía de voluntad de las partes, debe tender a cierta flexibilización y favorecer, cuando sea razonable, la posibilidad de solicitar tutela judicial frente a un arbitraje que aún no concluye, pero sobre el cual las partes no prestaron consentimiento alguno.

De otro lado, el principio de no interferencia también debe ceder cierto espacio frente a terceros que no prestaron su consentimiento en arbitrajes que, sin embargo, afectan sus derechos. Aunque debe tenerse cuidado en identificar adecuadamente de qué terceros estamos hablando para no tergiversar esta habilitación que hace el TC para que estos sujetos recurran a la vía de amparo para el control judicial de los laudos. De manera similar, cuando el laudo trasciende a los intereses de las partes porque contiene un peligroso poder de control difuso, de inaplicación de normas jurídicas, o de inaplicación de precedentes vinculantes constitucionales, el principio de no interferencia y su fundamento -la autonomía de la voluntad- también deben ceder espacio al control judicial directo mediante procesos de amparo.

En todo caso, con excepción de ciertos supuestos que se dan en los arbitrajes impuestos por ley, el principio de no interferencia logra imponer como regla general que el control judicial de los arbitrajes sea posterior, ya sea en amparo o en anulación de laudo, lo que constituye un gran avance en favor de la eficacia de los arbitrajes.

Referencias bibliográficas

Allorio, E. (1935). *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Giuffrè.

Redfern, A. & Hunter, M. (2016). *Redfern and Hunter on international arbitrarion* (6ª ed). Oxford University Press.

Born, G. (2009). The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings. *University of Pennsylvania Journal of International Law, 30*(4), 999-1033. https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss4/22

Born, Gary B. (2014). *International Commercial Arbitration* (2ª ed. Tomo I). Kluwer Law International.

Bustamante, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. *Forseti. Revista De Derecho*, *10*, 93-115. https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101.

Caivano, R. (2007). Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples. *Revista Peruana de Arbitraje*, (4), 65-120.

Carpi, F. (2007). *La eficacia 'ultra partes' de la sentencia civil* (Juan Monroy, trad.). Palestra Editores.

Castillo, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (2ª edición. Tomo I). Palestra.

Chiovenda, G. (1954). Instituciones de Derecho Procesal Civil. (E. Gómez, trad.). Revista de Derecho Privado.

Consolo, C. (2012). I terzi e il procedimento arbitrale. *Rivista di diritto procesuale*, *67*(4), 841-873. http://hdl.handle.net/11577/2573805

Cuartero, V. (1997). *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex.

Cross, R. & Harris, J. W. (2012). *El precedente en el derecho inglés* (Angélica Pulido, trad.). Marcial Pons.

Davelouis, L (13 de noviembre de 2014). *¿Cómo la hizo Orellana? I, II y III*. La Ley - El ángulo legal de la noticia. http://laley.pe/not/1876/-como-la-hizo-orellana-i-/

Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press.

Fabrini, G. (1964). *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Giuffrè.

Gaillard, E. & Banifatemi, Y. (2008). Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators. En Gaillard & Domenico (eds.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: The New York Convention in practice* (pp. 257-273). Cameron May Ltd.

Goodhart, A. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, *40*, 161-183. https://doi.org/10.2307/790205

Hanotiau, B. (2005). *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Kluwer Law.

Harris, D.; O'Boyle, M.; Bates, E., Buckley, C. & Warbrick, C. (2018). *Law of the European Convention on Human Rights* (5ª ed.). Oxford University Press

Liebman, E. T. (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. (Santiago Sentís Melendo, trad.). Ediciones Jurídicas Europa- América.

Lorca, A M. (2008). *La anulación de laudo arbitral*. Instituto Vasco de Derecho Arbitral.

Luiso, F. (1981). *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*. Giuffrè.

Matehus, C.A. (2018). *La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias*. Instituto Vasco de Derecho Procesal.

Morello, A. & Vallefín, C. (1998). *El amparo. Régimen procesal.* (3ª ed.). Platense.

Mori, P. (2016). Buenas y malas. El Tribunal Constitucional y el desarrollo actual del artículo 14 de la Ley peruana de Arbitraje (extensión del convenio arbitral a no signatarios),. En Alfredo Bullard (ed.), *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva* (pp. 149-164). Palestra.

Mori, P. & Galluccio. G. (2012). *Arbitraje comercial.* Ediciones Legales, Ius et Veritas.

Park, W. (2012). *Arbitration of international business disputes*. (2ª ed.). Oxford University press.

Paulsson, J (2005). *Denial of justice in international law.* Cambridge University Press.

Reggiardo, M. & Cuba, A. (2020). Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, *77*, 233-252. https://doi.org/10.18800/themis.202001.012

Rodríguez, J. A. (2000). *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*. Editorial Colex.

Sagüés, N. P. (1995). *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo* (4ª ed.). Astrea.

Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. (Francisco Ayala, trad.). Alianza Editores.

Organización Internacional del Trabajo (1996). *Informe N° 302, del Comité de Libertad Sindical* https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903604.

Velásquez, R. (2012). Desenredando el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional ¿Cuándo debe despertar el amparo? En S, Sosa.(coord.), *La procedencia en el proceso de Amparo* (pp. 41-86). Gaceta Jurídica.

Velásquez, R. (2015a). La subsidiariedad del amparo peruano. Comentarios al precedente Elgo *Ríos*. *Diálogo con la jurisprudencia*, *205*, 66-76.

Velásquez, R. (2015b). Comentarios a los artículos 45 y 46 del Código Procesal Constitucional: vías previas al amparo y excepciones". En *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (pp. 489-497). Gaceta Jurídica.

Velásquez, R. (2015c). Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration. *IUS ET VERITAS*, *50*, 398-407. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14828

Velásquez, R. (2016). Partes y Terceros en los Contratos y los Arbitrajes (Primera Parte: el principio de relatividad contractual y los terceros). *IUS ET VERITAS*, *52*, 214-226. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16381

Velásquez, R. & Avendaño, J. L. (2012). El nuevo precedente constitucional sobre Arbitraje. En especial, sobre la revisión judicial solicitada por 'terceros'. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, *2*, 189-207.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.012

Derecho administrativo en el marco de la comunidad andina: la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales(*)

Administrative law in the framework of the andean community: the extension of the locus standi to request preliminary rulings

Luis José Diez Canseco Núñez(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

María Ángela Sasaki Otani(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Uno de los temas de mayor trascendencia en el Derecho Administrativo comunitario andino está referido a la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). De hecho, el TJCA ha interpretado de manera amplia y generosa el concepto de "juez nacional", incluyendo a los órganos administrativos de los Estados miembros, así como a los árbitros. De tal manera que, el problema de investigación gira en torno a qué se entiende por "juez nacional" a la luz del Derecho comunitario andino y el objeto y fin del mecanismo de la interpretación prejudicial. La hipótesis principal consiste en que, tanto los órganos administrativos como los árbitros son, en los hechos, "jueces comunitarios" por colaborar en la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. En ese sentido, en el presente trabajo se analizará la interpretación prejudicial como uno de los más importantes vehículos para garantizar el Estado de Derecho en materia de Propiedad Intelectual en el marco de la Comunidad Andina (CAN), y se hará un breve análisis comparativo entre la consulta prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la del TJCA. Por último, se brindarán algunos apuntes sobre cómo se deben enfrentar los cambios jurisprudenciales del TJCA.

Palabras clave: Derecho Administrativo - Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina - Interpretación prejudicial - Legitimidad activa - Régimen común sobre propiedad Intelectual

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 5 de marzo de 2021 y su publicación fue aprobada el 4 de mayo de 2021.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magíster en Derecho Comparado por la George Washington University Law School. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú (UTP) y Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Socio Fundador del estudio de abogados Diez Canseco, Competencia y Propiedad Intelectual. Ha sido Magistrado Principal por la República del Perú y Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), Vocal de la Sala de Competencia del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI), funcionario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y de la Secretaría General de la Comunidad Andina. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2350-4645. Correo electrónico: ldiezcanseco@dclegal.pe.

(***) Abogada por la PUCP, Magister en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador) y Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Abogada Asesora de la Magistratura del Perú en el TJCA y Abogada de Presidencia de dicha corte internacional. También trabajó en el INDECOPI y en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú (MINCETUR) como negociadora internacional del capítulo de Propiedad Intelectual. Actualmente, es Asesora en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (MRE) y Profesora en la Facultad de Derecho de la PUCP. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1630-5242. Correo electrónico: sasaki.ma@pucp.edu.pe.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.013

Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana(*)(**)

Theories of punishment: the problematic application of the individual prevention in the peruvian criminal policy

Fabrizio Gabriel Farfán Ramírez(***)
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima, Perú)

Resumen: Debido al existente monopolio punitivo y penitenciario en el Perú, y en gran parte del mundo, los Estados deben justificar mediante una finalidad, el daño que la imposición de una pena causa en el individuo. Ante ello, la política criminal peruana opta por acoger una teoría ecléctica, cuyo mayor relieve se encuentra en la prevención especial. Sin embargo, pese a ser la prevención especial el núcleo de la teoría acogida, este precepto no se ve correctamente materializado.

El presente artículo desarrolla el fundamento y los problemas de las diversas teorías de los fines de la pena, las cuales se presentan como una opción de aplicación para el legislador peruano. Analiza, además, la estigmatización, la presión mediática y el exceso de privaciones de libertad. Problemas que impiden la materialización de la prevención especial en el Perú.

Palabras clave: Derecho Penal - Pena - Teorías de la pena - Fines de la pena - Prevención - Retribución - Culpabilidad

Abstract: Due to the punitive and penitentiary monopoly in Peru, and in much of the world, States must justify, through a purpose, the damage that the imposition of a penalty causes in the individual. Given this, the Peruvian criminal policy chooses to embrace an eclectic theory, whose greatest importance is found in individual prevention. Nonetheless, despite individual prevention being the core of the accepted theory, this precept does not appear to be properly materialized.

This article develops the foundation and problems of the various theories of the punishment, which are presented as an application option for the Peruvian legislator. It also analyses stigmatization, media pressure and excessive deprivation of liberty. Problems that prevent the materialization of individual prevention in Peru.

Keywords: Criminal Law - Punishment - Theories of punishment - Purposes of the punishment - Prevention - Retribution - Culpability

---

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 18 de febrero de 2021 y su publicación fue aprobada el 8 de junio de 2021.
(**) El autor agradece enormemente los aportes y la colaboración de sus maestros José Luis Velarde y Guido Mendoza Fantinato.
(***) Alumno de tercer ciclo de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Practicante en el área de White-Collar Crime & Compliance en el estudio Miranda & Amado. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6670-9598. Correo electrónico: fabriziofarfanr@gmail.com

1. Introducción

El Derecho, la filosofía y la teología, han invertido gran parte de su desarrollo dogmático en la búsqueda de un discurso legitimador para la pena, el cual, les permita justificar el daño causado voluntariamente en contra del transgresor de la ley (ley positiva, ley natural o ley divina). Sin embargo, pese a los esfuerzos por distanciar los conceptos de pena y daño, ambos conceptos solo se fueron homogenizando, hasta llegar a ser sinónimos.

Frente a ello, y debido a que la estructura democrática moderna concentra la actividad punitiva en un solo ente, el cual es el Estado, se debe justificar, mediante una finalidad, el daño que este último puede hacerle a un ciudadano por medio de la pena. La legislación peruana, justifica este daño, acogiendo diversas teorías, es decir, adoptando una teoría ecléctica. Dicha teoría, se basa en la prevención del delito (prevención especial y prevención general) y en la retribución del daño, mediante una gran preponderancia de la prevención especial.

No obstante, a pesar de que la prevención especial es el elemento más importante en esta teoría, "(...) no se cumple en su integridad por carencia de recursos y por otras circunstancias" (Villavicencio, 2019, p. 72). Del mismo modo, la prevención especial, presenta diversos problemas que, gracias al desarrollo de las ciencias penales, fueron identificados. ¿Cuáles son los problemas que impiden la materialización de la prevención especial en el Perú? ¿Por qué el Perú acoge una teoría ecléctica y no otra?

El objetivo del presente artículo está en responder, mediante un desarrollo de los fundamentos y los problemas de las diversas teorías de los fines de la pena, que se presentan como una opción de aplicación para el legislador peruano, por qué se acoge una teoría ecléctica y no otra. Asimismo, se busca identificar los problemas que impiden la materialización de la prevención especial en la política criminal peruana.

La pena, es, sin lugar a dudas, el tema teórico con mayor repercusión en la práctica y, a su vez, es determinante para la composición de todo el Derecho penal y de la política criminal. Asimismo, la pena le da sentido al proceso penal, puesto que la totalidad de éste gira en torno a su imposición o denegación. Es por ello que, tal como sostiene Villavicencio (2019) "cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo sostiene también para el Derecho Penal" (p. 45). Fruto de esta situación es la imperante necesidad de clarificar el rol que la pena asume, dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El presente trabajo está formado por cinco partes: la primera se ocupa de la pena, donde su abordaje se realiza de una forma objetiva y generalizada; la segunda, se centra en las teorías de los fines de la pena, sus fundamentos y sus problemáticas. La tercera, analiza cuál de las teorías es aplicada en el Perú; la cuarta parte, identifica los problemas que impiden la materialización de la prevención especial y, la última parte, consta de reflexiones.

Debido a la densidad conceptual propia de este tema, el autor opta por la elaboración de esquemas introductorios para los diversos capítulos que comprende el presente artículo.

2. La Pena

Según Beccaria (2020), las penas son "motivos sensibles" (p. 51) que se imponen sobre infractores de la ley. Este autor los llama "motivos sensibles", puesto que impresionan los sentidos del individuo y contrarrestan, dentro de su mente, las pasiones que pueden oponerse al bien universal. Sin embargo, debido a la capacidad limitada del ser humano, las ciencias penales deben conformarse con que la pena, el derecho penal y el Derecho, en general, sean, tal como afirma Silva (2015), "convenciones más o menos estables y difundidas, sin mayores pretensiones" (p. 13). En un contexto y tiempo determinado, cada país es el encargado de establecer las penas mediante un consenso. Esta discusión puede presentarse en el Parlamento o, en el caso peruano, en el Congreso; y dicho acuerdo únicamente se ve limitado por otro consenso, el cual es el primigenio y el más básico para la conformación de toda sociedad, es decir, la Constitución. Esta relatividad motiva una continua e incluso interminable labor de las ciencias penales; puesto que, lo que era justo hace cincuenta años, hoy ya no lo es más; y lo que es justo hoy, en cincuenta años ya no lo será.

La pena es amoldada acorde al contexto de un determinado país, presentándose de forma diferente cuando un Estado encuentra la paz o vive la guerra; puesto que en esta última son más severas. Asimismo, estas obedecen a las costumbres y tradiciones imperantes en una determinada sociedad. Empero, la pena nunca deja de ser "(...) la reacción frente a la infracción de una norma" (Jakobs, 1991, p. 8), ni tampoco "(...) una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado" (Roxin, 1994, p. 99). En este sentido, la pena siempre es un castigo, por más que algún individuo no sufra por su imposición o se vea beneficiado por ella, como el vagabundo que mejora su calidad de

vida dentro de prisión. Pues, tal como afirmó Silva (2015), "se trata de una objetiva inflicción de daño o, en otros términos, de una restricción de derechos pretendida como tal (y no como efecto secundario de una pretensión diversa) para expresar la descalificación del autor" (p. 234). Sea cual sea la finalidad que se le quiera acuñar a la pena, no escapa de estas definiciones.

De esto surge la pregunta, ¿es la pena un derecho o un deber del soberano? La pena, sin lugar a dudas, es un deber del soberano, pero un derecho del ciudadano. Cabe aclarar que no es un derecho respecto a la figura de la venganza particular, imperante previa a la monopolización de la acción punitiva en el Perú[1] y en todo el mundo. Tampoco es un deber que responde a la figura de un Estado monárquico con el poderío de castigar a "diestra y siniestra". La pena representa un deber del soberano, en la medida de que, mediante ella, debe hacer que la libertad que cada individuo entrega, para la conformación de un Estado, tenga un sentido. Además, es un derecho del ciudadano, puesto que, cuando este no era un "ciudadano", tenía toda la posibilidad de realizar una venganza particular, pero, al ceder este poder al Estado, este tiene el deber de conseguir algún fin mediante la pena y, por su parte, el individuo el derecho de que este objetivo sea conseguido. De ello nace la necesidad de analizar cuáles son esos fines a los cuales puede aspirar un Estado por medio de la pena.

3. Teorías de los fines de la pena

A lo largo de la historia, la pena siempre estuvo presente junto al ser humano. Su presencia es ajena a la conformación de un Estado, manifestándose anteriormente a este, por medio de la venganza particular propia de la existencia de clanes y grupos familiares[2]. Sin embargo, al ser la pena indudablemente un pesar sobre quien esta cae, el Estado debe encontrar alguna justificación para su aplicación. Es ahí, donde entran las teorías de los fines de la pena. Estos planteamientos doctrinales, jurisprudenciales, legislativos y religiosos justifican la carga sobre un condenado.

Según Roxin (1976), "el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas" (p. 20). Cada una de estas maneras describe los estadios en los que la pena, de acuerdo con las diversas teorías de los fines de la pena, actúa. Los preceptos absolutos ejercen en la imposición de las penas, las teorías relativas, intervienen en la amenaza (prevención general) o en la ejecución (prevención especial) y las teorías de la unión exhiben una mixtura entre estas dos. Finalmente, cabe precisar que, al momento de la imposición de la pena, las teorías absolutas miran al pasado, las teorías de la unión ojean el presente y las teorías relativas observan el futuro.

3.1. Teorías absolutas

Figura 1. Teorías absolutas

Fuente: Elaboración propia

Las teorías absolutas, o también llamadas teorías clásicas, se justifican en sí mismas sin aspirar a fines ulteriores como la intimidación o la corrección, lo que demuestra, según manifestó Maurach (1971), como se citó en Roxin (2017), "la majestad del Derecho desprendida de objetivos" (p. 77). El concepto "absoluto", según Roxin (1994), proviene del latín *absolutus* que traduce desvinculado. El significado de esta locución ya describe, en gran cuantía, el sentido de estas teorías, las cuales se encuentran totalmente ajenas a la consecución de alguna finalidad social, más allá de castigar un mal y lograr que el culpable tenga su merecido. Estas teorías limitan la función del Estado únicamente a la protección del individuo y parten del libre albedrío del ser humano.

Un sector de la más autorizada doctrina peruana opta por desligar la relación género-especie entre las teorías de los fines de la pena y las teorías absolutas[3]; de esta manera, agrupa las teorías absolutas dentro de las teorías penales. Lo anterior se lleva a cabo al sustentar la idea de que el término "fin" se entiende como utilidad social procedente de la

(1) En el caso peruano, el artículo 130.1 de la Constitución Política del Perú (1993) tipifica la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Existen únicamente dos excepciones: en lo militar y en lo arbitral. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 0006-2003-AI, afirmó que "(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial" (fundamento 18).

(2) Villavicencio (2019) difiere de esta concepción, pues según este autor el origen de la pena "(...) se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo (...)" (p.45).

(3) En este sentido Meini (2013).

imposición de la pena y que, por más que las teorías absolutas no rechazan la posibilidad de que la pena alcance otro fin, esto no interesa en su legitimación (Meini, 2013). Sin embargo, en palabras de Roxin (1994), las teorías absolutas, por una u otra vía, buscan la justicia. Tanto es así que, recientemente en su obra *La teoría del delito en la discusión actual* (2017), las llamó "teorías de la justicia" y aseveró que "no encuentra[n] sentido en ninguna utilidad, sino solo en la búsqueda de la justicia" (p. 80). Afirmación que es completamente correcta, dado que la pena en cada una de estas teorías obedece al concepto de justicia de sus partidarios.

Existen dos grandes doctrinas absolutas, la primera de ellas, es la doctrina de la Retribución, en la que se tienen como máximos exponentes a dos de los filósofos más importantes de la edad moderna: Immanuel Kant (1724-1804) y Friedrich Hegel (1770-1831). Aunque ambos coincidían en el postulado retributivo, estos filósofos tienen dos visiones completamente diferentes que surgen de la fundamentación moral y la fundamentación jurídica. La segunda doctrina absoluta es la de la Expiación, la cual se erige sobre la teología cristiana preconciliar. Cabe resaltar que Mir Puig (2016) no distingue entre la doctrina absoluta retributiva y la doctrina absoluta expiatoria, puesto que considera únicamente a la doctrina expiatoria una subclase de la doctrina retributiva.

En esta misma línea se encuentra Roxin (1976), quien no realizó distinción alguna, dado que para este autor la fe es la única forma de hacer plausible la idea de la compensación retributiva (borrar un daño mediante otro daño). Sin embargo, si se sigue la postura sostenida por Jescheck & Weigend (1996), es necesario diferenciar entre la expiación y la retribución. El primer concepto alude a "un tributo moral propio del condenado que le conduce a aprobar la necesidad de la pena y a través del cual recupera su libertad moral" (p. 100). En contraste, la expiación se da en el fuero interno del individuo y tiene como requisito indispensable la disposición de este último por afrontar la pena y, de esta manera, recuperar su moralidad. Mientras que en la doctrina retribucionista, poco importa si el sujeto tiene o no voluntad por afrontar la pena, sino solo importa que la pena se le imponga.

Existen matices en común entre estas doctrinas. En primer lugar, que se configuran sobre el pensamiento de que el Estado es el encargado de hacer prevalecer la justicia terrenal. En segundo lugar, que parten del libre albedrío de la persona. Finalmente, ambas poseen el pensamiento de que el Estado debe limitarse al cuidado de la libertad individual (Jescheck & Weigend, 1996). A continuación, se desglosan cada una de estas doctrinas.

3.1.1. Retribución

La primera de estas teorías absolutistas está dividida por dos visiones, la perspectiva sostenida por Immanuel Kant en su obra "La metafísica de las costumbres" (1785) y la visión de Friedrich Hegel en su obra "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho" (1821).

La doctrina absoluta de la retribución, tal como Jescheck & Weigend (1996) afirman, descansa sobre tres presupuestos:

a) Superioridad moral de la comunidad frente al delincuente.
b) Culpabilidad graduable a la gravedad.
c) Que el juicio se tenga por justo por el autor y la colectividad, debido a la armonía entre la culpabilidad y la pena.

Previo a profundizar estas dos visiones, es necesario recordar que la doctrina retribucionista aportó la concepción proporcional entre el delito y la pena y, por consiguiente, la limitación de la pretensión punitiva estatal (principio de culpabilidad). Asimismo, tanto Kant (1785) como Hegel (1821) comentaron que, buscar un fin resocializador o intimidatorio mediante la pena, es hacer que el hombre deje de ser hombre, es decir, que el ser humano pierda la esencia de tal. Para Kant (1785) el hacer esto ocasiona que el individuo sea tratado como un objeto del derecho de las cosas. Por su lado, Hegel (1821) manifestó que esto hace que el hombre sea tratado como un perro. No se puede olvidar que el principio sostenido, tanto por Kant (1785) como por Hegel (1821), fue años antes el núcleo de la filosofía de Cesare Beccaria (1738-1794). Este último es considerado el fundador del derecho penal moderno y en su obra *De los delitos y la penas* (1764) expresó la siguiente frase "no hay libertad cuando las leyes permiten que en algunas circunstancias el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa" (p. 185). Cabe destacar, que a diferencia de Kant (1785) y Hegel (1821), Beccaria (2020) no sigue el pensamiento retribucionista, debido a que, para Kant (1785) y Hegel (1821), la retribución es la única forma de honrar y dignificar al delincuente.

A) Visión kantiana

Para Kant (1785), el individuo "es un fin en sí mismo[(4)]" y la ley penal es un "imperativo categórico". Esto quiere decir, tal como

(4) Cabe aclarar que este valor asociado a la persona tiene como precursor a Cesare Beccaria en "De los delitos y las penas" (2020).

desglosó Mir Puig (2016), "una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras" (p. 85), o, en otras palabras, "(...) un mandato de justicia libre de toda consideración final" (Jescheck & Weigend, 1996, p. 104). Según Kant (1785):

> Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia (pp. 168-169).

Este famoso ejemplo utilizado por Kant (1785) para describir su posición respecto a la pena, permite destacar tres puntos muy importantes. El primero de ellos, radica en que la pena debe ser impuesta, aun cuando sea completamente innecesaria para el bien de la sociedad; tanto es así, que el delincuente debe ser castigado incluso cuando la sociedad y el Estado dejan de existir. En contraposición a este precepto, Montesquieu (1748) señaló que es tiránica toda pena que no derive de una absoluta necesidad. Por ello, en la visión kantiana la pena no juega ningún papel preventivo general o preventivo especial.

Por el contrario, para Kant (1785), la persona debe ser castigada por el mal uso de su libertad. El segundo de estos puntos importantes a destacar, se fundamenta en que, para Kant (1785), si la sociedad omite castigar al delincuente el crimen recae sobre ella. Kant (1785), como se citó en Roxin (1996), afirmó que comete una calamidad quien por un propósito mundano cualquiera absuelve a un malhechor. Finalmente, Kant (1785) utiliza la Ley del Talión ("ojo por ojo diente por diente") como herramienta para llegar a la justicia. El ejemplo de la isla fue duramente criticado tanto por Klug (1970)[5] como por Jakobs (1991). En primer lugar, Klug (1970), como se citó en Duran (2011), concluyó que el ejemplo de Kant es contradictorio, en la medida de ¿a quién debe responder la "deuda de sangre", si tal como lo narra Kant ya no existirá pueblo alguno? Asimismo, Jakobs (1991) ratificó la idea de que, en el ejemplo, Kant (1785) se refiere a la renuncia de una sociedad concreta y no a toda forma de sociedad; de ahí que Jakobs (1991) afirmó que "(…) la norma que tras la disolución de la sociedad siguiera siendo necesaria debería seguir siendo estabilizada" (p. 22).

Entonces, ¿esta teoría deja la puerta abierta para sumergirnos en un mundo lleno de venganzas privadas? La respuesta es negativa[6]. Esto pudo ocurrir anteriormente con la existencia de clanes y la venganza particular. Sin embargo, con la constitución de un Estado, la ley del talión pasa a manos de la administración estatal. Tan grande es la diferencia que, según Jakobs (1991), "[la ley del talión] limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho" (p. 21). Con este mismo pensamiento, Jescheck & Weigend (1996) también consideraron que "(...) la retribución nada tiene que ver con la venganza, con bajos sentimientos de odio o con caprichosas agresiones represivas de la sociedad, sino que es un principio de medida (*Maßprinzip*)"[7] (p. 99). Por esta razón, la ley del talión, más que representar un peligro para la sociedad, funciona como un principio de medida y es el valor retributivo más conocido. Lo anterior, únicamente cuando está en manos neutrales.

El problema radica en que con el pasar de los años se han incorporado tipos penales cada vez más complejos (v. g. delitos del derecho penal económico), en los que la aplicación de la ley del talión sería muy complicada e incluso imposible. Por ejemplo, en la actualidad, ¿cómo se podría justificar que el tipo especial de feminicidio tiene una pena, incluso mayor, que la del homicidio calificado? Si se usara estrictamente la ley del talión no podrían existir estos tipos especiales y, es más, todos los homicidios deberían ser castigados con pena de muerte. Sin embargo, el legislador peruano, rechaza el uso estricto de esta ley y de la visión kantiana en general. Por ello, si recurrimos al Código Penal (1991), nos damos cuenta de que la búsqueda de fines sociales en el Perú se realiza incluso mediante tipos penales[8]).

(5) Ulrich Klug (1970) es el mayor detractor de la doctrina retribucionista, tanto así que, estas críticas llevaron el nombre de "Despedida de Kant y Hegel" (Abschied von Kant und Hegel). Asimismo, él ha formulado las críticas definitivas al pensamiento retribucionista, en el que afirmó excesos de un pensamiento lírico de dudosos fundamentos.

(6) Es necesario mencionar que otros autores enunciaron que esta visión motiva la "racionalización de la venganza". No obstante, lejos ya de un estado de guerra, la tesis jakobsiana tiene más sentido.

(7) La cursiva es de Jescheck & Weigend (1996).

(8) Un claro ejemplo de esta situación, como ya se mencionó, es el tipo penal de feminicidio. Dicho tipo regulado por el articulo 108-B del Código Penal (1991) refleja el intento por parte del legislador de disminuir la cantidad de homicidios dolosos contra mujeres.

B) Visión hegeliana

Hegel (1821) fundamentó su visión sobre el principio dialéctico[9], en el que plasmó la voluntad general en el ordenamiento jurídico. Por ello, si cualquier sujeto, al hacer uso de su voluntad individual, niega el ordenamiento jurídico, es decir, comete así un delito, vulnera a su vez la voluntad general. Es así que la pena aparece como una negación de la negación que restablece el ordenamiento jurídico y, con ello, la voluntad general. La pena, tras la negación, consigue la anulación del delito, debido a la "superioridad moral de la comunidad" (Jescheck & Weigend, 1996, p. 104).

Kant (1785) retribuyó la pena de acuerdo con el mal causado al otro individuo (si mata, tiene que morir). Sin embargo, para Hegel (1821), esto se mide de acuerdo con el daño causado a la voluntad general, lo que ocasiona que quede obsoleta para él la ley del talión. Pues, perfectamente, pueden existir delitos con una pena desproporcionada al daño individual causado, debido al daño que causó en el ordenamiento jurídico. Incluso, puede ser castigada con pena de muerte la sustracción de una fruta. Por esta razón, Wessels, Beulke & Satzger (2018) afirman que, para restablecer la justicia, la pena debe ser similar en duración y en gravedad al injusto, "(…) según Kant, también en cuanto a la clase, mientras que, según Hegel, solo en cuanto al valor" (p. 10)[10].

En esta misma línea, Jakobs (1991) expresó que "(…) en *Hegel* la pena es absoluta en lo conceptual, pero su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad" (p. 23)[11]. Esto quiere decir que para Hegel (1821), en sociedades más consolidadas, la pena puede ser menor, puesto que la peligrosidad del delito es más reducida, mientras que, en sociedades precarias y no consolidadas, la pena puede ser mayor, por la alta peligrosidad del delito contra la sociedad. Algo que debe ser resaltado, respecto a la visión hegeliana, es que algunos autores le atribuyen ser la base de la sistematización de la teoría del delito.

C) Problemas de la retribución

(i) El libre albedrío es indemostrable

La doctrina retribucionista asocia el delito con un mal uso de la libertad por parte del individuo. Por lo mismo, como ya se mencionó, la doctrina retribucionista parte del libre albedrío del ser humano, postulado que es completamente indemostrable de una forma empírica. De igual manera, estos autores plantearon el problema de la pena desde un plano absoluto e inmutable, lo que deja de lado el contexto social donde se desarrolla el delito. En otros términos, no se consideran los factores económicos, sociales y culturales que condicionan "la libertad absoluta". Del mismo modo, la acentuación pequeña, pero cada vez mayor de la neurociencia llevada a cabo por Taruffo y Nieva (2013) demuestra lo insostenible del "libre albedrío" y el gran avance de las ciencias penales por desmitificarlo.

(ii) Racionalización de la venganza

Claramente, la opinión sostenida por Jakobs (1991) y Jescheck & Weigend (1996), por la que el presente autor se inclina ya con anterioridad[12], tiene objeciones, incluso, de parte del mismo Roxin (1976). Quien aseguró que es racionalmente insostenible que, al añadirse un segundo mal, se pueda borrar un mal anterior; postulado que solamente puede ser plausible mediante un acto de fe, el cual no se le puede imponer obligatoriamente a nadie. En otras palabras, no se puede recuperar la visión del ojo por más que se tengan en mano los ojos de todas las personas que causaron su pérdida.

(iii) El cuándo de la pena

Tanto Kant (1785) como Hegel (1821) dejaron al aire la respuesta de la pregunta ¿bajo qué presupuestos la culpabilidad autoriza al Estado a intervenir?[13] En este sentido, Roxin (1976) afirmó que uno de los mayores problemas de esta doctrina es el *cuándo* de la pena. Se presupone desde un inicio la

(9) Un gran resumen de las etapas de la filosofía hegeliana (tesis, antítesis y síntesis) es brindado por Custodio (2016), quien afirmó que "la tesis es entendida como el momento inicial y corresponde al estar en sí, es también la revelación del momento abstracto que será accesible al entendimiento. La antítesis comprende entonces el momento en el que el estar en sí, sale de sí mismo y se niega, logrando así objetivar el momento, llevando en si un plano "exterior" a sí mismo. Y por último se llega a la síntesis, que es entendida como una negación de la negación o una reconciliación con el momento inicial" (párrafo 15).

(10) La cursiva es de Wessels, Beulke y Satzger (2018).

(11) La cursiva es de Jakobs (1991).

(12) *Véase* la página 8.

(13) Cabe destacar que, a diferencia de los partidarios absolutistas, Beccaria (2020) sí manifiesta un cuándo y cómo de las penas. El autor desarrolló una escala que tiene, en primer grado, la destrucción inmediata de la sociedad y, en último grado, la mínima injusticia hecha a sus miembros individuales. La pena debe ser aplicada cuando el delito se encuentre dentro de estos parámetros, si no es así, la acción no puede ser tildada como "delito" y, mucho menos, puede ser castigada como tal.

necesidad de la pena, pero no existen los presupuestos para la determinación de una acción que merece su aplicación. Si se debe retribuir la culpabilidad, ¿se debe retribuir toda culpabilidad?, es decir, ¿se debe castigar, incluso, la culpabilidad ínfima de la vida diaria? Estas respuestas quedan completamente difusas en esta doctrina, en la medida de que una persona puede realizar una acción culposa de muchas maneras[14].

Actualmente, la solución a este problema se consigue por medio de principios (principio de mínima intervención del derecho penal, principio de subsidiariedad y principio de mínima lesividad), como también, por medio del propio análisis de la teoría del delito (imputación objetiva).

(iv) Inaplicabilidad del *in dubio pro reo*

Tanto Kant (1785) como Hegel (1821) no consideraron los cambios que pueden ocurrir dentro del pensar de una comunidad y, consecuentemente, en la percepción de la sociedad sobre una determinada acción. De ello surge la siguiente pregunta: ¿se debería castigar al individuo, incluso, si el delito dejó de ser delito? Sin duda, el Derecho moderno responde con un rotundo no. Sin embargo, se debe precisar que los retribucionistas plantean sus postulados desde un plano absoluto e inmutable, lo que conlleva que su respuesta sea afirmativa.

(v) No permite la racionalización de la reacción penal

De utilizarse la doctrina retribucionista (sea la visión kantiana o hegeliana) la norma pierde su sentido. En esta línea, según Meini (2013) "la retribución *per se* no está en condiciones de legitimar la pena en un Estado que pretende racionalizar la reacción penal"[15] (p. 147). En correspondencia con esto, tal como sostuvo este mismo autor, si la pena adopta la visión kantiana (relación culpabilidad-pena) esta desatiende la necesidad social que constituye la razón de ser de la norma. Si, por otro lado, adopta la visión hegeliana (relación restablecimiento del ordenamiento jurídico-pena) el comportamiento que infringe la regla dejaría de ser el presupuesto de esta.

(vi) Inaplicabilidad de beneficios penitenciarios

La doctrina retribucionista no permite la aplicación de beneficios penitenciarios en los condenados. Los beneficios de libertad anticipada o los de mejora en la calidad de vida quedarían obsoletos, todos los ítems del artículo 42 del Código de Ejecución Penal (1991) serían inutilizables e, incluso, también la figura del indulto y de la amnistía.

La retribución del delito debe realizarse sin importar el comportamiento, la salud (mental o física) o las características del condenado. Lo anterior, debido a que, si se lleva a cabo algún beneficio, el valor de justicia se vería afectado. Esto conlleva a que los condenados sean esclavos de sus hechos, sin la más mínima esperanza de que un cambio positivo en su comportamiento modifique algo en su realidad. Por el contrario, ellos deben cumplir hasta el más mínimo daño retribuido.

(vii) Gran poder al legislador

Debido a que no existe un *cuándo* de la pena, la codificación está abierta a poder obedecer comportamientos arbitrarios y tiránicos por parte del legislador. Según Roxin (1976), si se dan los criterios de imputación, nada impide que cualquier conducta pueda ser castigada. De este modo, existe la posibilidad de que la codificación pueda ser usada como un instrumento de opresión por parte de gobiernos dictatoriales.

3.1.2. Expiación

Gran cuantía de investigaciones jurídicas, con respecto a las finalidades de la pena, optan por omitir una profundización en la doctrina expiatoria o únicamente presentan una breve mención de esta. Profundizar esta doctrina es una labor muy complicada; puesto que es constantemente ignorada por las ciencias jurídicas desde hace ya mucho tiempo. Principalmente, por la razón de que su estudio se ve más relacionado con la teología y su implementación únicamente es posible en el contexto de estados teocráticos, lejanos ya a la estructura democrática moderna. La finalidad de la pena en el cristianismo se erige sobre un constante enfrentamiento entre argumentos bíblicos y argumentos racionales, entre la inmutabilidad del orden establecido por Dios y su mutabilidad, entre la teología cristiana posconciliar y las mínimas, pero existentes migajas de la teología cristiana preconciliar. Sin embargo, en esta doctrina, impera la relación delito-pecado que hoy en día es casi inexistente y mayoritariamente dejada al campo de la religión. Con el pasar de los años, las legislaciones optaron por borrar los pocos escombros de aquellos gobiernos que tenían de núcleo la triada de Estado, religión y derecho.

(14) Por ejemplo, las quemaduras causadas en un individuo, debido a que otro hizo chorrear una taza de café caliente en él.
(15) La cursiva es de Meini (2013).

Los términos "preconciliar" y "postconciliar" obedecen al desarrollo del Concilio Vaticano II llevado a cabo de 1963 a 1965. Dicho Concilio configuró un punto de quiebre en la teología cristiana. Este nuevo paradigma ocasionó dentro del cristianismo una diferente concepción del delito, del delincuente, de la pena y del Estado en general. Mirándolo así, provocó que en el presente artículo la teología cristiana preconciliar se encuentre entre las teorías absolutas de la pena, mientras que la teología cristiana postconciliar se relacione más con las teorías de la unión.

A) Teología cristiana preconciliar

La teología cristiana preconciliar se caracteriza por ser extremadamente conservadora y por su percepción estática de la vida y lo que se desarrolla en ella. Se le puede atribuir, en gran parte, el estancamiento de las ciencias (no solo penales), sino como también la opresión de las clases marginadas. Esta opresión nace del amparo del orden social y político dado por Dios, en la medida de que los pobres eran incentivados a no revelarse contra las clases dominantes, para poder así, disfrutar de riquezas en la otra vida. El pecado era considerado una injuria contra el orden de Dios, una violación de sus normas inmutables. Por ello, la finalidad de la pena, tal como comentó Trillhaas (1961), como se citó en Jescheck & Weigend (1996), "reside en la idea de expiación, sin consideración de fines, orientada exclusivamente al bien mismo, y valida solo para el autor ya que solo mira hacia este" (p. 48).

Para poder indagar más, en los inmensos problemas que trae consigo la teología cristiana preconciliar, es fundamental analizar su mayor fracaso.

(i) Teoría de los dos regímenes

La teoría de los dos regímenes, lejos de ser un postulado de Paul Althaus (1888-1966), es una interpretación suya de la doctrina luterana de los dos reinos. Es esencial hacer esta aclaración, puesto que Martín Lutero (1483-1546) nunca formuló sistemáticamente una doctrina de "los dos regímenes". Asimismo, autores como Bonhoeffer (2000) afirmaron la imperante obligación de hacer una distinción entre Lutero y sus intérpretes. ¿Por qué es necesaria esta diferenciación? Esta diferenciación es importante debido a que, la interpretación de Althaus (1938), cimentó una visión legitimadora respecto a los eventos ocurridos en el régimen Nazi, posteriormente tildado como la "germanización del cristianismo".

Para otros teólogos, intérpretes y partidarios de la doctrina luterana, como Hansen (2003), la teoría de Althaus (1938) es una "(...) manipulación ideológica (...) del pensamiento de Lutero sobre el accionar creador de Dios" (p. 39). Es por ello que, la interpretación brindada por Althaus (1938) es entendida como "pseudoluterana" o "neoluterana". Pero, ¿de dónde surge esta tergiversación? Para responder esta pregunta, es adecuado remontarse a los escritos de Martín Lutero (1580).

En primera instancia, Lutero (1580) distinguió dos *civitas*, por un lado, el reino de Dios y, por otro lado, el reino del Diablo (también llamado reino del "mundo"). A rasgos generales, ambos reinos se encuentran en una lucha por el mismo espacio histórico. De acuerdo con Hansen (2003), la teoría de los dos reinos ratificó "(...) la distinción y separación *dualista* de dos esferas (*zwei Räumen*) del accionar divino - lo temporal y lo espiritual" (Althaus, 1938, p. 33)[16]. Por su parte, Althaus (1938) entendió este postulado de Lutero (1580), no como la existencia de dos reinos, uno de Dios y otro del Diablo, sino como dos regímenes del mismo Dios.

Althaus (1938) postuló la diferencia entre evangelio y ley[17], basándose en su teoría de la "revelación primigenia[18]". Entonces, ¿quién estaba encargado de crear la ley? Para dicho autor, esta no era función del evangelio, sino de lo que él llamaba órdenes, las cuales son: el derecho, el Estado, la economía, el matrimonio y el pueblo. Estas órdenes reciben el evangelio y tienen como objetivo la supresión del pecado. Por esta razón, la distinción fue puesta al servicio de la política del Estado, quien tenía la potestad de castigar a nombre de la ley y del evangelio.

Para esta teoría la ley de Dios se manifiesta, tal como expresó Gonzales (s.f.), "(...) en el *ethos* de cada pueblo, al que ninguno de sus miembros le es lícito sustraerse, como tampoco de sus exigencias históricas" (p. 240)[19]. Por consiguiente, el *Führer* es el regalo de Dios para un pueblo, con la finalidad de la organización de un

(16) La cursiva es de Hansen (2010).
(17) Este presupuesto (relación evangelio-ley) era el núcleo del argumento de la mayoría de los teólogos contemporáneo a Althaus (1955).
(18) En resumen, la "revelación primigenia" es un relación ya existente y precristiana entre el hombre y Dios; vínculo que permitió que el hombre tenga una comprensión de la realidad divina incluso anterior a la llegada de Jesucristo al mundo.
(19) La cursiva es de Gonzales (s.f.).

Estado como unidad de un histórico destino. Dios actúa en la política de los pueblos y, por ende, según Althaus (1955) como se citó en Jescheck & Weigend (1996), "[la finalidad de la pena] reside en sí misma como manifestación de validez del orden eterno y frente al infractor del Derecho" (p. 21). Sin duda, Althaus (1955) desarrolló lo que hoy se concibe como "luteranismo político", al manipular la fe en el destino del propio pueblo y entenderse como la única ley que determina la opción política del individuo.

Es muy claro lo peligrosa que es esta doctrina, no solo por la finalidad que le acuña a la pena, sino también por su legitimización sobre acciones completamente inhumanas y contrarias a los derechos humanos. Igualmente, llama la atención lo imposible de su sustentación en la actualidad, incluso, por la misma religión en la que se originó. Esta postura tan extremista no solo no es usada en el Perú, sino en la totalidad de países del mundo.

B) Problemas de la expiación

(i) La justicia divina es indemostrable

Si el libre albedrío de la doctrina retribucionista es indemostrable, también, y quizás en más cantidad, lo es la justicia divina. ¿Cómo es posible saber cuál es la voluntad de Dios? Al respecto, Roxin (1976) afirmó que ello no parece corresponder a una verdadera religiosidad; puesto que ¿cómo se puede arrogar que, mediante las sentencias, se manifieste la voluntad divina? Ante una visión en retrospectiva de las sentencias dadas por estados teocráticos, solo queda seguir a Borges (2000) y afirmar que, "quizás los condenaron los hombres, pero no Dios" (p.103).

(ii) Factores que evitan la redención

Dentro de una sociedad existen distintos factores que pueden dificultar e imposibilitar la redención a la que debe aspirar un delincuente en un Estado que acoja la doctrina expiatoria. Un ejemplo claro es la estigmatización[20] que se puede imprimir sobre un determinado condenado o procesado.

(iii) La imposibilidad de moldear religiones fuera de un estado teocrático.

La ética, la moral y la religión no se pueden imponer por la fuerza, algo que en los estados teocráticos sí era posible. En el Perú, tanto la libertad de conciencia como la de religión, se encuentran positivizadas en el artículo 2.3 de la Constitución Política del Perú (1993). Este artículo es el cerrojo que evita la irrupción de sistemas penitenciarios de adoctrinamiento. Cualquier persona puede afrontar la pena internamente de la manera que le plazca o que obedezca a sus creencias. Sin embargo, el Estado no puede pretender conseguir este objetivo sin la voluntad de quien afronta la pena, es decir, de un modo forzoso.

Este problema no es únicamente materia de la doctrina expiatoria; puesto que, si se tiene como presupuesto que la fe es la única forma de sostener el postulado de que un daño pueda ser borrado con la imposición de otro[21], también, el Estado al acoger la doctrina retribucionista, moldearía creencias en los ciudadanos.

(iv) Imposibilidad por parte del Estado de realizar justicia sobre la tierra

Esta doctrina le otorga al Estado la tarea de la realización de la justicia cristiana sobre la tierra. Sin embargo, hoy es dejada para la moral, la ética y la religión. Incluso, si la misión del Estado fuese la de aspirar a una moral cristiana absoluta, esta labor sería completamente ineficiente. En este mismo sentido, Jescheck & Weigend (1996) aseveraron que "la mayoría del injusto realmente cometido queda, según es conocido, sin castigar" (p. 105).

3.2. Teorías Relativas

Figura 2. Teorías relativas

Fuente: Elaboración propia

Las teorías relativas, o también llamadas teorías de prevención, no le otorgan fundamentaciones éticas, religiosas o morales a la pena, sino la entienden como un mecanismo para conseguir objetivos ulteriores dentro de la sociedad. Es justo decir que Beccaria (2020) concluyó que el fin principal de una buena legislación es prevenir los delitos antes que castigarlos.

(20) Este factor será analizado más adelante con mayor detalle.
(21) Postura de Roxin (1976).

El concepto "relativo", según Roxin (1994), proviene del latín *referre* que significa "referirse a". En estas teorías no se concibe a la pena como "un fin en sí mismo", sino como un medio para otro fin. Según Jescheck & Weigend (1996) "en las teorías relativas de la pena confluyen, pues, derroteros ideológicos de carácter humanitario, social, racional y utilitarista" (p. 106). Asimismo, no miran al pasado (como los hacen las teorías absolutas), por el contrario, observan a futuro, con el fin de impedir la reincidencia (prevención especial) o la ejecución de nuevos delitos por parte de terceros (prevención general). Las teorías relativas actúan en un instante que difiere al de la imposición de la pena, es decir, actúan o antes de esta última o después. Igualmente, pueden accionarse generalmente sobre la comunidad o sobre el condenado, lo que ocasiona una división bipartita.

3.2.1. Prevención especial

Es imposible hablar de prevención especial sin mencionar a Franz von Liszt[22] (1851-1919), su mayor impulsor, y el cambio de paradigma en la criminología ocasionado por su Programa de Marburgo de 1882. Esta doctrina es la que mejor cumple el cometido del derecho penal, como también las exigencias de un Estado social, dado que se protege, tanto al individuo que delinquió como a la sociedad, de la reincidencia delictual. Asimismo, se opta por prescindir de aquellas penas que motiven al sujeto a seguir en esta misma ruta de delincuencia. Liszt (1883) buscó este cometido mediante la corrección, la intimidación y la neutralización; por esto, clasificó al delincuente en tres categorías: el corregible, el intimidable y el incorregible e inintimidable. De este modo, el corregible es resocializado, el intimidable es escarmentado y el inintimidable e incorregible es neutralizado. Esta prevención se consigue a través de la coerción física o por la voluntad del delincuente.

La prevención especial es "la otra cara de la moneda" en relación con la doctrina retribucionista. Para este precepto, la pena no debe ser medida mediante la culpabilidad, sino por medio de la necesidad temporal del tratamiento resocializador. Según Liszt (1883), solo aquella pena que sea necesaria es justa. En este mismo sentido, Beccaria (2020) comentó que, "para que la pena no sea violencia ejercida por uno o por muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima posible en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes" (p. 213).

Debido a que Liszt (1883) dentro de su concepción engloba tanto a la prevención especial positiva como a la negativa, muchos autores optaron por no realizar una distinción entre estos dos tipos de prevención especial. Sin embargo, al Liszt (1883) estar a favor de la pena de muerte y de la cadena perpetua en delincuentes incorregibles e inintimidables, la distinción entre estos tipos de prevención especial se vuelve necesaria. No hay que olvidar que este argumento es el que distingue ambas concepciones.

La prevención especial aportó a los sistemas penales modernos distintas instituciones que benefician al condenado de diversos modos. En el Perú se pueden evidenciar la liberación condicional (art. 42.4 del Código de Ejecución Penal), la semilibertad (art 42.3 del Código de Ejecución Penal), entre otras.

A) Prevención especial positiva

La prevención especial positiva, que prioriza la reinserción del delincuente, se configura como una herramienta a través de la cual el Estado repara la socialización inicial inculcada en una persona, con la finalidad de desocializarla y volverla a socializar con las normas básicas de convivencia contextualmente imperantes. Este cometido se logra mediante la corrección e intimidación. Igualmente, solo puede bastar socializar eficientemente y omitir la desocialización inicial, si es que el delincuente es primerizo en acciones delictuales, pues no debe cortarse el árbol torcido por completo y volver a ser plantado, sino únicamente debe ser enderezado. Descrito de este modo, pareciese que esta función escapa por completo del campo de acción del derecho penal y la responsabilidad de ella debería caer sobre la organización social, el Estado o el sistema educativo. Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que, cuando se fracasa como sociedad, es necesario recurrir al derecho penal.

B) Prevención especial negativa

La prevención especial negativa, idea expuesta por von Liszt (1883), se centra en la neutralización del delincuente incorregible e inintimidable. El anterior planteamiento surge, debido a que existen delincuentes imposibles de corregir e intimidar, es decir, los que, según la teoría lombrosiana, pueden denominarse "criminales natos". Frente a esto, es necesario priorizar la protección de la sociedad y apartarlos de ella.

(22) Quien es considerado por Roxin (1994) como "el político criminal alemán más significativo" (p. 85).

Por neutralización deben entenderse aquellas penas que hacen que el delincuente presente una imposibilidad para la comisión de nuevos delitos. Esta imposibilidad se consigue por dos vías: el aislamiento (cadena perpetua) y la eliminación (pena de muerte). Estas vías se encuentran positivizadas en el marco normativo peruano. La eliminación es la forma más efectiva de neutralización, puesto que, a diferencia del aislamiento, la sociedad no debe afrontar los gastos de un delincuente que no tiene la más mínima intención de formar parte de ella.

C) Problemas de la prevención especial

(i) El *cuanto* de la pena

Si esta teoría busca la resocialización, la pena debería ser tan duradera como para posibilitar su concreción. Por ello, para poder sostener esta teoría, sería imprescindible recurrir a penas indeterminadas[23]. Debido a que no se recurre el principio de culpabilidad, mediante una justificación resocializadora, podría maniatarse la pena tiránicamente. Se elimina enemigos políticos y se moldea la sociedad a mero gusto y afinidad, esta carencia desemboca en un problema del *ius puniendi*. De forma similar, al no existir un tiempo límite predeterminado, los individuos estarían bajo la intervención estatal indefinidamente.

(ii) Violación a la conciencia jurídica colectiva

¿Qué ocurre si no es necesaria la resocialización? De acuerdo con esta teoría, al no usar la culpabilidad y al estar frente a delitos irrepetibles o donde el "enfermo ya esté curado", no será necesaria la imposición de una pena. Un buen ejemplo es el brindado por Roxin (1976) al mencionar a los asesinos de los campos nazis, quienes vivieron discretamente integrados en la sociedad. Otro ejemplo sería el del delincuente que roba una casa, pero se rompe ambas piernas al huir, puesto que surge el interrogante de si ¿también debiera ser castigado? En el primero de los casos el soldado nazi no necesita resocialización alguna y, por su parte, en el segundo, el delincuente no presenta un peligro para la sociedad, dado que la reincidencia es simplemente imposible. Si ambos delincuentes no fuesen castigados se mermaría la conciencia jurídica colectiva; puesto que ofrece la apariencia de la inutilidad del Derecho y de la persecución penal, lo que provocaría un efecto adverso al deseado. Incluso, podría incitarse a delinquir, debido a la ineficacia del sistema penal.

(iii) Homo mensura[24]

Este postulado protagónico resume el principal problema de la prevención especial: la relatividad. ¿Sobre qué actitudes se debe construir la personalidad del sujeto resocializado?, ¿cuál es el objetivo de la resocialización? Sin duda, el ser humano se enfrenta a un problema inmenso, debido a que los sujetos serán resocializados acorde al pensamiento imperante de un Estado y a los valores establecidos en dicha sociedad. En términos más sencillos, si la resocialización se hubiese dado en el régimen Nazi, el individuo sería resocializado según sus principios. Este poder en manos equivocadas podría generar soldados por sobre ciudadanos responsables. El determinar el comportamiento futuro de un individuo es una labor muy delicada, debido a la incertidumbre del futuro. Al respecto, Carnelutti (2019) planteó lo siguiente:

> Que una cosa o un hecho sea bien o sea mal depende de lo que viene después. Y el después, del cual depende, no termina nunca. Por eso la ciencia del bien o del mal no es ciencia de los hombres, los cuales no consiguen ver hasta el fondo (p. 57).

Asimismo, tal como lo narró Cury (1988), también se realizaron críticas desde tendencias radicales, las cuales afirmaban que la resocialización era un instrumento para los intereses de una minoría dominante para perpetuar su poder. Según esta tendencia, los valores que se quieren reforzar son aquellos que la clase privilegiada capitalista burguesa desea asentar.

La solución de estos problemas consiste en implantar valores mínimos sobre máximos. Si mediante la prevención especial se trata de inculcar valores genéricos para una adecuada vivencia en sociedad, alejada de toda ideología estatal pasajera, la resocialización tendría sentido. Sin embargo, la estabilización de los valores mínimos es una labor más del derecho penal internacional que del local.

(23) En el caso del Perú existen muy reducidos tipos penales que cumplen estas características. Sin embargo, las penas indeterminadas se encuentran relacionadas con delitos de traición a la patria. Al ser la forma agravada de esta última, regulada por el artículo 328 del Código Penal (1991), un ejemplo de ello.

(24) *Homo mensura* significa "el hombre es la medida de las cosas", la relatividad que sustenta este postulado es el núcleo de la filosofía de Protágoras y de los sofistas en general. La palabra "hombre" puede ser interpretada de tres maneras: hombre como ser individual, hombre con ser social y hombre como especie.

3.2.2. Prevención general

La prevención general, lejos de ser una teoría moderna, tiene sus primeras evidencias en la formulación clásica que pasó de Protágoras hasta llegar a Grocio "*nemo pudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*" (ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque). Es necesario dividir este tipo de prevención en: prevención general positiva y prevención general negativa. Mientras que la primera busca influir sobre la totalidad de los ciudadanos, brindándoles así una sensación de seguridad. La segunda, busca influir únicamente sobre los individuos en peligro de realizar actos delictivos.

A) Prevención general positiva

De acuerdo con esto, Roxin (1994) distinguió tres efectos y fines distintos en la prevención general positiva: (i) el efecto de aprendizaje; (ii) el efecto de confianza; y (iii) el efecto de pacificación. Debido a ello, es necesario dividir la prevención general positiva en dos visiones, de un lado la visión integradora y de otro la visión estabilizadora.

(i) Prevención integradora

La visión integradora usa la pena como la afirmación del derecho ante los ojos de la colectividad. Uno de sus máximos exponentes es Luhmann (1998). Desde esta perspectiva, la pena puede ser utilizada para reforzar costumbres, afirmar conciencia, conservar el orden y fortalecer normas jurídicas. Cabe diferenciar este precepto de la visión hegeliana retributiva, dado que esta última busca la afirmación del Derecho en el que se tiene como fin el Derecho mismo. En cambio, la visión integradora reafirma el Derecho para que pueda ser percibido por la colectividad. Sumado a esto, la visión integradora ratifica la conciencia social mediante la impresión colectiva de la reacción que tuvo el Estado frente al delito. En palabras sencillas, se busca dar a la sociedad la impresión de que el Estado "sí realiza su trabajo", lo que ocasiona que este último adquiera la confianza de la sociedad y así consiga que esta respete el Derecho.

(ii) Prevención estabilizadora

La visión estabilizadora usa la pena para restablecer la vigencia de la norma. Este postulado tiene rasgos similares con la visión hegeliana de las teorías absolutistas. Es tan grande el parecido que algunos autores optaron por llamar "neo-retribucionistas" a sus partidarios[25] o, incluso, por considerar este punto de vista dentro de otras doctrinas. Sin embargo, es adecuado realizar un análisis y saber cuál es la diferencia respecto al postulado hegeliano.

Para Jakobs (1991), "la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales[26]" (p. 14). Claro está, a diferencia de la visión, hegeliana que intenta la reafirmación de la voluntad general representada en el marco normativo. Hegel (1821) no buscó fines ulteriores dentro de la sociedad; en cambio, Jakobs (1991) intenta proporcionar un modelo de orientación a los contactos sociales. Habría que hacerse la pregunta: ¿qué son los contactos sociales? La respuesta es fácil, son aquellas relaciones entre individuos dentro de una sociedad. La norma tiene la función de hacer predecibles los comportamientos dentro de estas interacciones, en la medida de que solo son posibles los contactos sociales si una persona no está pendiente de que un individuo tendrá un comportamiento impredecible.

Por ello, para Jakobs (1991), que una conducta contradiga una norma es una infracción de esta. No se puede ignorar que la pena es "la réplica ante la infracción de la norma" (p.13). Entonces, ¿dónde se encuentra la función preventiva? Para Jakobs (1991), la función preventiva de la pena se halla en la protección de las condiciones de la integración social. Esta función preventiva no está vinculada con la protección de bienes jurídicos, sino con la reafirmación de la vigencia de la norma. Por medio de la reafirmación de esta última se consigue la integración social.

B) Prevención general negativa

Meini (2013) planteó que la teoría preventiva general negativa se encarga de dar disciplina al individuo, a diferencia de la teoría de la prevención especial que lo educa. Por consiguiente, esta teoría respeta la libertad de pensamiento y evita el adoctrinamiento; ambos presupuestos necesarios para la constitución de un Estado de Derecho.

Esta teoría deja de lado la culpabilidad (imprescindible en las teorías absolutas)

(25) En este sentido *véase* Duran (2011).

(26) Jakobs (1991) se alejó de la concepción de su maestro Hans Welzel (1904-1977), puesto que para el primero el derecho penal llega muy tarde para evitar lesiones de bienes jurídicos, mientras que para Welzel esta es su finalidad. Es por ello que, Villavicencio (2019) realiza una distinción entre la concepción de ambos autores, llamando versión ética a la welzeniana y versión sistemática a la jakobsiana.

y la remplaza por la motivación conseguida mediante la intimidación. La pregunta que surge a continuación es ¿en qué momento debe verificarse esta motivación? De acuerdo con Bentham (1830), esta se da en la ejecución penal; según Feuerbach (1989), surge en la norma penal y, para el presente artículo, se da en un deficiente proceso penal. A continuación, se analizan estas posturas.

(i) En la ejecución penal

Jeremy Bentham (1748-1832) manifestó que la sociedad no se ve intimidada por la pena establecida en la norma, sino por la percepción de la ejecución de la pena. Este filosofo inglés postula que, cuando el individuo ve la forma en que los condenados cumplen sus penas, es disuadido a cometer delitos. Así pues, la arquitectura panóptica penitenciaria[27] es la cúspide de este pensamiento. El utilitarismo benthamiano, instaurado mediante su obra "Una introducción a los principios de la moral y la legislación" (1789), busca el bienestar social por sobre cualquier finalidad. Por esta razón, utiliza el valor de cada placer y dolor para calcular la utilidad individual y colectiva.

Para Bentham (1789), los derechos humanos no son inmutables o inalienables, sino solo defendibles siempre y cuando no limiten la utilidad social. Por ello, se encuentran un escalón bajo el utilitarismo. El panóptico de Bentham, lejos de ser solo una mera idea arquitectónica, "es la materialización coherente de un modelo moral sobre la sociedad que, en último extremo, está abocado a limitar el alcance de los derechos humanos, apuntando a su instrumentalización y relativización histórica o cultural" (Beytía, 2017, p. 193). La filosofía benthamiana se concretó en diversas partes del mundo. Un ejemplo sudamericano es Chile, donde se construyeron 58 panópticos para albergar viviendas sociales. Cabe destacar que las principales críticas a la doctrina de Bentham (1789) se deben a la incompatibilidad con los derechos humanos. Dichas críticas surgieron desde el primer día de su introducción, puesto que ese mismo año se llevó a cabo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Finalmente, es determinante realizar una distinción entre lo que es la pena y lo que genera la pena. Es más sostenible pensar que lo que disuade a un sujeto no es la pena en sí, sino lo que esta genera. Un ejemplo podría ser la prisión privativa de libertad, en el que el hecho de ver a un hombre tras las rejas no intimida; lo intimidante es observar a un hombre alejado de su familia, amigos, sin trabajo y estigmatizado, es decir, lo que ocasiona la pena.

(ii) En la norma penal

Esta visión sostenida por Anselm von Feuerbach[28] (1775-1833) parte del vínculo entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos[29]. Para este autor, la infracción de la ley surge de la "sensualidad", es decir, por el placer proveniente de la acción. Para los partidarios de esta doctrina en toda acción delictiva existe una ponderación de costos y beneficios[30].

Asimismo, sostienen que la motivación hace que el tipo penal tenga como objetivo describir la conducta prohibida y motivar su no realización. Esto se consigue a través de la "coacción psicológica". Ergo, es la amenaza de que el mal por recibir será mayor que el disgusto causado por la no realización de la acción típica penal, en pocas palabras, se busca la intimidación. Para Feuerbach (1989), a diferencia de Bentham (1830), la ejecución de la pena solo hace evidente la seriedad de la amenaza de la norma penal.

En este postulado se pueden encontrar dos enormes errores estructurales. El primero de ellos es la imposibilidad de un conocimiento generalizado de la norma penal en la ciudadanía, puesto que, ¿cómo podría un individuo tener esta vinculación psicológica si nunca leyó el Código Penal? o ¿cómo se justificarían los crímenes pasionales, en los cuales el individuo se ve motivado por un impulso momentáneo, por sobre una ponderación entre el mal que podría recibir y el disgusto de la no realización de la acción? El segundo problema estructural se fundamenta en la ponderación favorable a la comisión del delito, es decir, ¿qué ocurre si los beneficios de cometer el delito son mayores a la pena por cometerlo?[31]. Frente a esto, la única solución en estos casos sería la de

(27) Esta arquitectura presenta un edificio rodeado de forma circular por otro. Los inspectores ocupan el edificio central, mientras que los presos ocupan el edificio que los rodea. Debido a ello, los inspectores tienen la facilidad de vigilar a los presos sin que ellos puedan saberlo y, claro está, tienen la posibilidad de poder observar a cada uno de ellos al mismo tiempo.

(28) Considerado por Jescheck & Weigend (1996) como "el más grande de los criminalistas alemanes de la primera mitad del siglo XIX" (p.107).

(29) En este mismo sentido *véase* Silva (2015).

(30) *Véase* Becker (1968).

elevar las penas, lo que provoca una desproporción innecesaria y, consecuentemente, una ejecución penal deshumanizadora.

Según Jakobs (1991), la postura manifestada por Feuerbach (1989), parte de una base equivocada, que es medir el beneficio potencial del delincuente y compensarlo mediante un mal. Así pues, se deja de lado el daño que la acción produce al orden social. De acuerdo con Jakobs (1991), este error produce una desproporción respecto a las penas, debido a que perfectamente una difamación, en un contexto determinado, podría significar una gran pena debido al *quantum* del beneficio. Asimismo, en la otra parte, un delito de alto riesgo social y beneficio insignificante significa una pena extremadamente reducida. Esto desencadena en la supresión de la parte especial de Código Penal (1991) y en su posterior cambio por nuevos grupos en función al *quantum* del beneficio.

Finalmente, se puede concluir que la visión de Feuerbach (1989) únicamente serviría cuando el individuo comete el delito teniendo conocimiento de la norma y sin ningún impulso pasional o factor externo que hayan evitado una ponderación consciente entre el disgusto y la pena. Al respecto, diversos estudios muestran un panorama contrario, uno de los más importantes fue el realizado por David Anderson bajo el nombre de "The Deterrence Hypothesis and Picking Pockets at the Pickpocket's Hanging" (2000). En dicho estudio, llevado a cabo entre 1997 y 1999, se recogieron datos a partir de 278 entrevistas a reclusos varones que cumplían una pena dentro de dos centros penitenciarios. La conclusión de este estudio fue que el 76% de los delincuentes muestreados y el 89% de los más violentos no eran conscientes ni de los posibles castigos, ni de las posibilidades de ser aprehendidos. Esto reduce mínimamente la eficacia de esta teoría, en el caso más optimista, tal como lo afirmó García (2006), para los llamados delitos de derecho penal económico.

(iii) En un deficiente proceso penal

La prevención general inconsciente –teoría propuesta por el presente artículo–, hace que esta distinción (prevención general negativa en el proceso penal) sea necesaria, puesto que es en este momento en el que puede verificarse la motivación. Esta concepción, lejos de ser una propuesta teórica, es una lamentable realidad pragmática. En el Perú, la intimidación, más que por la norma o por ejecución penal, se consigue gracias a un proceso ineficiente que da cabida a la estigmatización y la presión mediática[32]. Debido a estos problemas, la intimidación no se produce fundamentalmente tras la sentencia o en la ejecución penal, sino en el propio proceso.

Un proceso ineficiente produce una intimidación particular, en la medida de que el sujeto se ve disuadido a la comisión de delitos por miedo a la estigmatización, a la presión mediática y a las arbitrariedades que reinan en los procesos penales. Mirándolo así, ocasiona que lo que disuada al individuo no sea la pena, sino la destrucción de su honor y dignidad. Desgraciadamente, este efecto termina convirtiéndose en una triste realidad en muchos países y demuestra el fracaso de la prevención especial positiva (la colectividad deja de confiar en el Derecho), a tal punto, que genera una prevención especial negativa (la colectividad empieza a temer al Derecho).

Algo que también debe aclararse es que, de la prevención general inconsciente no se salva absolutamente nadie, pues cualquiera puede caer en manos de la administración de justicia, haciendo más triste el panorama al que los individuos deben hacer frente.

C) Problemas de la prevención general

(i) El *cuanto* de la pena

Al igual que en la prevención especial, esta teoría deja de lado el principio de culpabilidad al momento de determinar la duración de la pena. Esto ocasiona que exista incertidumbre sobre el máximo y el mínimo de una determinada pena, lo cual torna su finalidad cada vez más maquiavélica. Pues, tal como comentó Roxin (1976), "(...) quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible" (p. 19). Esto causa, dentro de la sociedad, más daño que beneficio.

(ii) Viola la dignidad humana

Debido a que se usa a un individuo para intimidar a la colectividad, se está frente a la instrumentalización del ser humano tan repudiada por los partidarios retribucionistas (como Kant y Hegel). Estos lo relacionan como una violación a la dignidad del hombre. En este mismo sentido, Wessels, Beulke y

(31) En este sentido, García (2006) usa de ejemplo la estafa. Dicho tipo penal regulado por el artículo 196 del Código Penal (1991) tiene una pena máxima de seis años. Perfectamente, podría conseguir su objetivo intimidatorio si se habla de cantidades económicas mínimas. Sin embargo, si el bien mueble o inmueble, que es objeto de estafa, da una remuneración económica muy alta, este tipo penal puede, incluso, causar un efecto totalmente adverso al descrito por Feuerbach (1989).

(32) Ambos conceptos son desarrollados más adelante.

Satzger (2018) afirman que "(...) las posiciones preventivas (con excepción de la prevención especial positiva) representarían un peligro de instrumentalización del autor ("chivo expiatorio") para satisfacer las necesidades sociales y lesionaría con ello su dignidad" (p. 11).

(iii) El *qué*

Las teorías preventivo generales, explican muy bien el *cuándo*, porque acogen un normativismo estricto. Sin embargo, presentan problemas en relación al *qué*. Pues, ¿qué conductas deben ser motivadas mediante la amenaza penal? Al respecto, García (2019) sostuvo lo siguiente:

> No puede dejar de aceptarse cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante la amenaza penal y los límites a esta motivación, lo que, por otra parte, la hace muy sensible a situaciones emotivas o subjetivas de la comunidad. Una muestra clara de esta situación se aprecia en los delitos que afectan la seguridad ciudadana (p. 83).

3.3. Teorías de la unión

Figura 3. Teorías de la unión

Fuente: Elaboración propia

Las teorías de la unión, conocidas como teorías mixtas o eclécticas, están en la búsqueda de un equilibrio ponderado entre justicia y utilidad. Es a Adolf Merkel (1899) a quien se le atribuye el inicio de estas teorías. Mir Puig (2016) aseveró que las teorías eclécticas tienen en común la búsqueda de la protección de la sociedad. Sin embargo, esta es la única coincidencia entre estas corrientes, fruto de ello, la necesaria división al momento de su análisis.

3.3.1. Posición conservadora

Esta posición conserva los fundamentos de la doctrina retribucionista, en la medida de que predomina el carácter retributivo de la pena por sobre cualquier tipo de prevención. Asimismo, debido a que presenta un cambio minúsculo respecto a la teoría retributiva, todos los problemas que posee dicha doctrina son evidentes en esta[33]. La posición conservadora busca proteger a la sociedad mediante una retribución justa, es decir, aplica la pena proporcionadamente a la culpabilidad. Sin embargo, al momento de la determinación de la pena, la prevención especial y la prevención general, son usadas como complementos de la retribución. Es por ello que, según Mir Puig (2016), para esta posición "(...) el Derecho penal está llamado a cumplir una doble función, no solo de protección de la sociedad, sino también de realización de la justicia (…)" (p. 95).

3.3.2. Posición progresista

Para esta perspectiva, a diferencia de la posición conservadora, al Derecho penal solo le importa la protección de la sociedad. Dicho fin, únicamente puede ser conseguido mediante un consenso entre prevención especial y prevención general; situación en la que la retribución solo tenga la función de marcar el límite máximo de la pena, la cual busca una función preventivo especial. Dicho de otro modo, la pena puede ser muy reducida en relación con la culpabilidad, si la prevención especial lo amerita. Sin embargo, se carece de un límite mínimo, lo que ocasiona que la gran cantidad de problemas de la prevención especial sean evidentes en esta posición[34].

3.3.3. Teoría preventivo expiatoria

Francesco Carnelluti (1879-1956), unos de los mejores procesalistas de la historia, es quien apoya esta teoría. Carnelluti (2019), quien consideró como núcleo la religión cristiana, afirmó que "[...] sin fe es vano pensar en hacer ciencia y mucho menos ciencia del derecho y menos aún ciencia del derecho penal" (p. 693).

(33) *Véase* la página 8.
(34) *Véase* la página 15.

Para Carnelluti (2019), la pena, lejos de ser un mal, es un tratamiento para el espíritu, el cual se consigue mediante cinco etapas:

a) Observación: en esta primera etapa, el condenado debe ser observado tanto corporal como espiritualmente.
b) Aislamiento: se consigue al separar al condenado del ambiente social externo, de sus bienes, libertad y trabajo; induce su inmersión en la plegaria, puesto que, para este autor, "[...] sin la plegaria el hombre no puede liberarse (p. 692)".
c) Humillación: se obtiene por medio de la denominación del condenado, su tratamiento verbal, su vestimenta y la constante vigilancia; esta humillación tiene como finalidad eliminar aquellos valores que impulsaron al delincuente a cometer el delito.
d) Disciplina: se logra gracias a los poderes asignados a los oficiales, quienes tienen la finalidad de conseguir que el condenado obedezca las normas y los reglamentos. Asimismo, para este fin, existen castigos y premios que dependen de su actitud.
e) Asistencia del condenado: en palabras de Carnelluti (2019), es "el corazón del problema penal" (p. 702). Resulta cuando, quien está al lado del recluso, es un hermano que, por medio de gran vocación, lo impulsa a salir adelante.

Esta teoría de Carnelluti (2019), a diferencia de la expiatoria absolutista (teología cristiana preconciliar), sí está tras una prevención especial en el individuo, la cual se logra con la expiación del pecado y con la ayuda del sistema penitenciario. Lamentablemente, los problemas de esta teoría son una suma de los problemas de las teorías absolutas expiatorias y los problemas de la prevención especial. Salta a la vista la imposibilidad de moldear creencias mediante el sistema penitenciario, dado que la voluntad divina es indemostrable y, a su vez, existe un obstáculo en el *cuánto* de la pena y la violación en la conciencia colectiva, a causa de que no todas las personas en el mundo ven el delito y la pena desde una concepción cristiana[35].

Sin lugar a dudas, el planteamiento de Carnelluti (2019) es una mera concepción utópica que brinda las mejores reflexiones respecto a la forma en que debería ser un sistema penitenciario que apoye la resocialización del delincuente, dado que para Carnelluti (2019):

> Ir hacia los reos es la solución. No huirles; sino correr a su encuentro, como Francisco. No mirarlos de arriba abajo, sino apearse del caballo para adaptarse a ellos, como Francisco. No apartar la mirada de su deformidad; sino sostener la vista, como Francisco. No taparse la cara, por temor de contagio; sino besarlos en la cara, como Francisco. No detestarlos como enemigos, no darles latigazos como a perros, no ponerle al cuello la campanilla del leproso, Su enfermedad no es más que hambre y sed, frio y soledad. El alimento para quitarles el hambre, el agua para quitarles la sed, la tela para vestirlos de nuevo, la casa para alojarlos, es nuestro amor. El antídoto contra el mal es el bien. Y esta medicina milagrosa no es de aquellas que los hombres deban buscar con fatiga o pagar a peso de oro; no es necesario, para encontrarla, más que *querer bien*. Por eso, en la lucha contra el delito, es fácil conquistar la victoria, siempre que los hombres escuchen la última palabra del Maestro: ¡amaos como yo os he amado! (p. 63)[36].

3.3.4. Teoría unificadora dialéctica

La teoría sostenida por Roxin (1976) asume el nombre de "dialéctica", debido a que reúne los puntos de vista de las teorías retribucionista y preventiva mediante una síntesis. Roxin (1976) le atribuye a la pena la finalidad de protección de bienes jurídicos y el aseguramiento de las relaciones públicas, lo cual afirma, como consecuencia de ello, la naturaleza subsidiaria del Derecho. Este objetivo se consigue dándole a la pena funciones distintas en diversos estadios. De manera que se pone fin al problema sobre si priorizar la prevención o la retribución. Es así que Roxin (1976) le asigna a la pena la siguiente aplicación:

a) En la conminación aplica la prevención general.
b) En la aplicación judicial aplica la prevención especial, la prevención general y la retribución.
c) En la ejecución condenatoria se implementa la prevención especial.

En el primer momento, la pena tiene la función de proteger los bienes jurídicos y las prestaciones públicas, por ello, surge de la subsidiariedad[37]. La pena, dentro de esta fase, únicamente prioriza ello, debido a que ninguna teoría aclara que es considerado un delito. Consecuentemente, para proteger

(35) Cada uno de estos problemas ya fueron analizados, tanto en el apartado de la doctrina expiatoria absolutista como en el de prevención especial.
(36) Las cursivas son de Carnelluti (2019).
(37) Igualmente, la función subsidiaria evita que el legislador castigue delitos inmorales que no dañen bienes jurídicos o el aseguramiento de las relaciones públicas.

estos dos elementos, se le da una finalidad preventivo general a la pena.

En el segundo momento, se refuerza la prevención general a través de la imposición de la pena y se demuestra así la seriedad de la ley. En esta aplicación judicial, se debe buscar la prevención especial, pero se tiene como límite la culpabilidad del autor (retribución). Sin embargo, el castigo puede ser perfectamente establecido por debajo de dicha culpabilidad por motivos preventivos especiales, pero siempre y cuando la prevención general lo permita(38). Cuando colisiona la prevención especial y la general, se debe priorizar la prevención especial, debido a que, según Roxin (1994), cuando predomina la prevención general por sobre la prevención especial, esta última ve amenazada su utilidad. Caso contrario ocurre si se prioriza la prevención especial por sobre la prevención general, dado que esta última no ve afectada su utilidad.

La última fase debe enfocarse en la reincorporación del delincuente, en el que se aplica la prevención especial. Asimismo, dicha ejecución reafirma todos los fines acuñados a la pena en las etapas anteriores.

En resumen, para Roxin (1994), la pena tiene una finalidad preventivo especial y preventivo general. La pena se asigna acorde con la prevención especial y se tiene como límite máximo la culpabilidad del autor (retribución) y como límite mínimo la conciencia colectiva (prevención general).

Al igual que todas las teorías analizadas, tal como lo sostiene García (2019):

> (...) la teoría dialéctica de la unión ha sido igualmente objeto de criticas por la preminencia de la finalidad preventiva o la falta de explicación de por que el principio de culpabilidad limita la disuasión al momento de imponerse la pena (p. 91).

Sin embargo, a pesar de estas críticas, la teoría unificadora dialéctica es el postulado actual con mejor planteamiento teórico, debido a que usa perfectamente cada uno de los aportes y principios de otras teorías y las fusiona para formar una teoría sólida y funcional. Es por ello que, esta teoría cuenta con el mayor respaldo, tanto en la doctrina internacional, como en la nacional.

4. ¿Qué teoría adopta el Perú?

4.1. Marco normativo

Dentro del artículo 139, correspondiente al capítulo VIII de la Constitución Política del Perú (1993), se establece lo siguiente:

> Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional.
>
> (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene como objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad [énfasis agregado].

Figura 4. Que teoría adopta el Perú

Fuente: Elaboración propia

En este mismo sentido, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal (1991) instaura lo siguiente:

> Art. IX.- Funciones de la Pena y medidas de seguridad.
>
> La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación [énfasis agregado].

En el artículo 139 de la Constitución (1993) se decreta que la ejecución de la pena debe priorizar la reinserción del delincuente en la sociedad (reeducación, rehabilitación y reincorporación). De igual manera, el art. IX del T.P del Código Penal (1991) le atribuye a la pena una función preventiva (prevención especial y prevención general), una función protectora (prevención especial negativa) y resocializadora (prevención especial positiva).

En este mismo sentido, el articulo I del título Preliminar del Código Penal (1991) establece lo siguiente:

> Art. I.- Finalidad Preventiva
>
> Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad [énfasis agregado].

(38) Un ejemplo claro es el de los soldados nazis reinsertados en la sociedad, al que constantemente se recurre dentro de este artículo. En dicho ejemplo la prevención general no permite que por motivos preventivos especiales se omita una pena. Debido a que, de ser así, se vulneraría la conciencia social y la confianza en el Derecho.

4.2. Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 009-2005-PI/TC se pronunció respecto a cada una de las teorías de la pena y concluyó lo siguiente:

a) Las teorías retributivas carecen de todo sustento científico y niegan la dignidad humana, reconocida en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú (1993). Sin embargo, no se desconoce que toda pena lleva consigo un elemento retributivo.
b) Las teorías preventivas (especial y general) respetan la dignidad y estas se convierten en el mejor medio para reprimir el delito.

En la primera conclusión de esta sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce que toda pena lleva consigo un elemento retributivo, el cual debe ser interpretado como el principio de culpabilidad. Asimismo, en la sentencia 3330-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional acoge el concepto kantiano de dignidad, afirmando que "la persona, pues, está consagrada como un fin es sí misma y, por ende, el Estado tiene la obligación de protegerla" (fundamento 45).

4.3. Respuesta

Al tener claro esto, es posible resolver la pregunta planteada por este apartado. La teoría adoptada por el Perú es una teoría de la unión, debido a que, en el marco normativo y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se reconocen las teorías preventivas, como también diferentes elementos retributivos. Sin embargo, es correcto preguntarnos. ¿Cuál de todas las teorías eclécticas es la aplicada? La teoría de la unión que se acoge en el Perú, es la teoría unificadora dialéctica de Roxin (1976), por los motivos que se explicarán a continuación.

En primer lugar, en la etapa de la conminación (prevención general) se ve aplicada tanto la disposición del art. IX, como la del art. I del T.P del Código Penal (1991). Asimismo, se aplica una prevención general inconsciente, con motivación en el proceso penal.

En segundo lugar, en la aplicación judicial, se prioriza la prevención especial, prueba de ello, son los siguientes artículos:

a) El artículo 45 del Código Penal (1991), en el cual se tipifica que, los jueces deben considerar las carencias sociales, la cultura y costumbres y los intereses de la víctima; al momento de determinar la pena.
b) El articulo 46.1 del Código Penal (1991), en el cual se regulan circunstancias de atenuación. Donde se consideran elementos como la carencia de antecedentes penales y la edad del imputado.

En relación a la culpabilidad como limite máximo, el Tribunal Constitucional en la sentencia 0019-2005-PI/TC sostuvo que:

> Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. (fundamento 41)

Asimismo, en esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional, también hace referencia a la prevención general como límite mínimo, afirmando que "[...] ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva (...). (fundamento 42)

c) Finalmente, en la ejecución condenatoria, se aplica el articulo 139 de la Constitución Política del Perú (1993) y el art. IX del T.P del Código Penal (1991).

Como ya se mencionó con anterioridad[39], la teoría unificadora dialéctica, fue criticada debido a la gran importancia que le brinda a la prevención especial. Pues, la prevención especial comprende el núcleo de la fundamentación de Roxin (1976) y es un elemento indispensable, tanto en la aplicación judicial, como en la ejecución condenatoria. Debido a ello, es necesario preguntarse si se cumplen los objetivos preventivos especiales que ostenta la pena en el marco normativo peruano. Sin lugar a dudas, la respuesta correcta es negativa. Enseguida se analizan cada uno de los problemas que evitan su materialización.

5. Problemas que impiden una adecuada prevención especial en el Perú

5.1. Estigmatización del delincuente

Contrario a lo que se piensa comúnmente, una pena no culmina con el fin que judicialmente

(39) *Véase* la página 25.

se le establece; esta finaliza muchos años después o, incluso, en la mayoría de los casos, nunca tiene un fin. Esto se debe a la estigmatización que recibe el individuo después de haber recibido una determinada pena. Según Goffman (1986), como se citó en Pérez (2013), "un estigma es un atributo que desacredita a un individuo, que lo reduce de una persona completa y común a una marcada y disminuida" (p. 295). Esta etiqueta hace que las personas que la posean se distingan de los demás, sintiéndose desvalorizadas, prejuzgadas y excluidas por la sociedad. La denominación de "delincuente" conferida al infractor de la ley penal, si bien no puede ser utilizada antes de la sentencia, tampoco debería ser empleada una vez finaliza la pena judicial. Lamentablemente, este título permanece como una cicatriz imborrable en el ciudadano, la cual, lejos de ser visible al ojo humano, es invisible para él, pero es manifiesta ante los ojos de la sociedad.

La estigmatización, lejos de ser una problemática en las teorías retribucionistas y preventivas generales, beneficia la concreción de sus finalidades. En el caso de la primera, la estigmatización es una parte primordial del castigo y, en el caso de la segunda, la estigmatización promueve la función disuasiva de la pena. Empero, el efecto que esta produce en la prevención especial es completamente perjudicial a la resocialización del individuo[40]. Tras todo esto, es evidente lo imposible que es pretender buscar la reinserción de alguien que delinquió, sin antes cambiar la percepción que la sociedad tiene sobre él[41].

5.2. Presión mediática

La espina dorsal de todo Estado democrático moderno es, en definitiva, la separación de poderes (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial). Esta tripartición tiene como progenitor al barón de Montesquieu, cuyos esbozos fueron ilustrados en su tratado *El espíritu de las leyes* (1748). Siglos después, los aportes de esta obra son evidentes y plausibles en la actualidad, puesto que de ella emana el principio de independencia judicial. Este concepto debe ser comprendido, tal como expresó San Martin (2020), como un medio para llegar a la imparcialidad, mas no como un fin. Es por ello que, según este autor, la independencia es "una garantía básica de los jueces, en cuya virtud tienen plena libertad de decisión en la interpretación y aplicación del sistema de fuentes, sin que nadie pued[a] inmiscuirse en su actuación para influir o condicionar sus resoluciones" (p. 131). La imparcialidad judicial no se limita únicamente a aquella que debe existir entre los poderes del Estado, sino también frente a las partes y, por supuesto, a la sociedad.

Esta independencia debe ser total y debe carecer de total legitimidad una cuasi-independensia o semi-independencia. Si no es así, las sentencias judiciales no buscarán justicia, sino mera arbitrariedad. Es por ello, que el inciso segundo del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (1993) manifiesta lo siguiente:

> Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional.
>
> (…) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (…). [énfasis agregado].

Sin embargo, al estar en un mundo cada vez más mediatizado, donde la libertad de expresión se encuentra en su cúspide, distintos procesos no escapan de ser mediatizados desproporcionadamente y seguidos excesivamente. Es ahí, cuando se crea un juicio adicional al judicial, uno que puede ser denominado "juicio mediático"[42]. Los juicios mediáticos se manifiestan como un proceso paralelo, adicional al proceso jurídico, donde, por lo general, los involucrados son funcionarios públicos importantes, individuos populares o ciudadanos que fueron acusados de cometer un delito en un contexto particularmente llamativo para la colectividad. Ejemplos de este tipo en el Perú son "pan de cada día". Lo característico de este tipo de procesos es que, las garantías son sencillamente pisoteadas y los principios constitucionales mermados; donde es totalmente normalizada la violación a la presunción de inocencia.

Cuando se está frente a un juicio en el que median exfuncionarios, ya enjuiciados por la colectividad y por los medios de comunicación, es cuando hay un enfrentamiento a uno de los problemas más grandes de las ciencias penales actuales. Es ahí, cuando el juez es arrinconado; por un lado, tiene al imputado y a su abogado defensor y del otro, al fiscal y a la muchedumbre enardecida. En este contexto, lamentablemente tan común en el país, es cuando no solo la independencia, sino también la imparcialidad pende de un hilo. La presión mediática y social es tan fuerte que los

(40) *Véase* al respecto Pérez (2013).
(41) Pareciese que la sociedad peruana, que de acuerdo con el INEI (2017), el 76 % de peruanos confiesa la religión católica, olvido que, en los relatos bíblicos, su "Salvador" fue considerado un delincuente y penado como tal.
(42) *Véase* al respecto Harbottle (2017).

jueces deben decidir entre si buscar la justicia en el proceso sin importar quien esté frente a ellos o, en contraposición, contentar a la muchedumbre con una sentencia muchas veces arbitraria. Mas que un error es una aberración pensar que el meter a un inocente a la cárcel para contentar a la muchedumbre enardecida tiene fines preventivo generales positivos. Entonces, ¿por qué en el Perú un juez permite que su decisión se vea completamente parcializada por la opinión colectivamente imperante? La respuesta es simple, por los tres motivos del oidor: "por miedo, por miedo y por miedo" (Palma, 1872, p. 95).

La pregunta que ahora hay que hacer es: ¿en que afecta todo ello a la prevención especial? Cuando los medios hacen algún tipo de "juicio de valor" sin la existencia de ninguna sentencia judicial, se estigmatiza a un procesado; aspecto que hará sencillamente imposible su reinserción en la sociedad. Pareciera que el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, la privación de derechos y el daño a la esfera familiar no fuesen suficientes; a todo esto, se suma el enjuiciamiento mediático del procesado.

Lastimosamente, en el Perú, mientras más mediático y comentado es un proceso penal, sea por el cargo del procesado o por su popularidad, más está sometido a la estigmatización por parte de los medios de comunicación. Los cuales, sin el más mínimo conocimiento jurídico, creen poseer la potestad propia de un juez para tildar de "delincuente" a un procesado o de "pruebas" a los más mínimos indicios. De nada sirve que el abogado defensor haga la mejor defensa de su vida, si el procesado ya fue enjuiciado por los medios de comunicación y, consecuentemente, por la sociedad.

En este sentido, Beccaria (2020) afirmó que "ningún hombre puede ser llamado *culpable* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede privarle de la protección pública, sino cuando se haya decidido que violó los actos en virtud de los cuales se le concedió esta"[43] (p .102).

Finalmente, cabe afirmar que, en el Perú, debería existir una regulación más estricta sobre estos supuestos. Pues, tanto los artículos 14 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 15 (derecho a la imagen y a la voz) del Código Civil (1984), no protegen totalmente el derecho al honor ni tampoco a la presunción de inocencia. Debido a ello, es necesario disponer de una regulación similar a la que tienen otros territorios como Reino Unido, Italia y Australia, donde estos supuestos, lejos de ser enfrentados por la vía civil, también lo son por la vía penal[44].

5.3. Exceso de privaciones de libertad

El mayor impedimento para una adecuada prevención especial se fundamenta en la privación de libertad. Según Roxin (2017), este tipo de pena está relacionada con efectos contrarios a la resocialización; entre estos sobresalen:

> El aislamiento de la sociedad, que es nocivo para un entrenamiento de aprendizaje en lo social, la frecuente destrucción de vínculos humanos, sobre todo familiares, el fracaso profesional, el peligro de una infección criminal y la descalificación social ante los ojos de la opinión pública (p. 85).

Es deplorable que, en el Perú, a pesar de que, la reincorporación del penado a la sociedad se constituye como un objetivo constitucionalmente positivizado, se use excesivamente la privación de libertad. Incluso, llegando a ser el tipo de pena más aplicado por los jueces y, a su vez, el más nocivo y gravoso de todo el ordenamiento jurídico. Son alarmantes las cifras que el INPE (2020) puso a conocimiento público, puesto que reflejan el fracaso de la política criminal en la nación y, al mismo tiempo, dejan entrever la incongruente codificación realizada por el legislador. El siguiente gráfico presenta la cantidad de población penitenciaria del Perú, su distribución y el tipo de pena que cumplen.

Figura 5. Población total

Fuente: Elaboración propia

(43) La cursiva es de Beccaria (2020).

(44) Siguiendo a Harbottle (2017), en Inglaterra el juez tiene la potestad de prohibir la mediatización de información del proceso; en Italia, debido a la existencia de la "ley mordaza", hay pena privativa de libertad y multas para quienes publiquen el contenido de actas y de escuchas telefónicas. Finalmente, en Australia por la vía penal son castigados los "juicios paralelos" que influyan abusivamente en un determinado proceso penal.

Si se detalla la figura, el 75 % de la población del sistema penitenciario se encuentra en un establecimiento (por prisión efectiva o prisión preventiva). Los individuos que afrontan este pesar varían entre condenados y procesados. Un caso completamente contrario es el que enfrenta Alemania, donde, según Roxin (2017), en 1990 se impusieron 83,3 % multas y las penas privativas de libertad únicamente representaban el 5,3 % de todas las penas impuestas.

Entonces, es adecuado preguntarse, ¿es acaso la solución de todo este embrollo optar por las otras penas privativas de derechos por sobre la pena privativa de libertad? Sin duda, la respuesta es negativa. Un ejemplo claro que permite hacer una idea es el de la suspensión de licencia para conducir, el cual fue proporcionado por Cury (2014). Esta pena pareciese adecuada cuando es aplicada al conductor de un camión que manejó en estado de ebriedad y causó un accidente. Pero carece de todo carácter poético, si la conducción de dicho camión era el único medio económico que el conductor tenía para alimentar a su familia. En este supuesto, es claro el carácter desocializador de dicha pena.

Sin embargo, Cury (2014) encuentra la solución cuando se plantea una pena en la que se reducen las consecuencias negativas "(…) otorgando al condenado autorización para continuar guiando su instrumento de trabajo únicamente en días y horas laborables" (p. 701). En este mismo sentido, ¿qué hay de las penas pecuniarias? Estas también generan un efecto desocializador en muchos casos. Un ejemplo claro podría ser el hurto de un reloj de alto precio realizado por una persona miserable, pobre y desesperada por sacar adelante a sus hijos. Si la pena hunde completamente en la miseria a su familia, esta persona se ve motivada a cometer nuevos delitos e incluso el efecto no termina en él, sino puede pesar sobre todos los miembros de su familia. Por ello, se puede llegar a la conclusión de que, mientras los jueces no tengan el tino para poder determinar cuándo se provoca un efecto adverso al perseguido, este tipo de penas producirá un efecto desocializador en gran parte de los casos.

6. Epílogo

Pareciera que en el Perú solo se busca la prevención general, pues existe un abismo de distancia entre la consolidación teórica y práctica respecto a la prevención especial. En países como Alemania sí se evidencia un gran avance y una concientización social sobre la finalidad de la pena lo que logra un cambio positivo. Sin embargo, Perú es "la otra cara de la moneda".

La comunidad carcelaria no solo deja entrever el fracaso del individuo perteneciente a ella, sino de todos los ciudadanos como sociedad y del país entero. Este no es un problema ajeno a los miembros de la sociedad, pues cada uno de los seres humanos están expuestos a pagar las consecuencias de la ineficacia del sistema penitenciario. Con esto no se quiere reafirmar la vieja creencia criminológica de que solo las personas marginadas por el Estado son quienes cometen delitos, dado que este punto de vista es actualmente insostenible, debido a la ya lejana aparición de los *White Collar Crimes y* del antes y después en la Política Criminal generado por Sutherland con su tesis *American Sociological Review* (1940).

El Perú es un país muy peculiar, puesto que se usa la tesis católica para abolir el aborto por sobre la tesis liberal o realista[(45)]. Cuando la positivización de esta primera se ve amenazada por algún proyecto ley o propuesta política, los grupos sociales y religiosos no tardan en movilizarse y protestar. Pero, si se habla de perdonar al delincuente o de "poner la otra mejilla", la percepción cambia abruptamente.

En general, existe un pensamiento derrotista sobre la inutilidad del sistema penitenciario con especial relieve en países tercermundistas como lo es el Perú. Mientras que mayor sea el análisis sobre la finalidad de la pena, más sentido y fuerza adquiere la tesis de Hullsman & Bernat (1984)[(46)]. Sin embargo, el jurista debe recordar aquellas bellas palabras escritas por Freire (1969) en su maravillosa obra *Pedagogía del oprimido.* La humanización es vocación negada, más afirmada también en la propia negación. "Vocación negada en la injusticia, en la

(45) El movimiento católico entiende que debe sancionarse el aborto en todas sus formas; este movimiento se encuentra positivizado en el Código Penal en el Capítulo II del Título Primero. Asimismo, el movimiento liberal concibe que no debe sancionarse el aborto, dado que la mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Finalmente, el movimiento realista se ampara en el respeto a la persona y su dignidad y, sobre todo, en aceptar que, en circunstancias previstas por la norma penal y practicadas debidamente, el aborto debe ser impune.

(46) Hulsman & Bernat (1984) sostuvieron que, debido a la inutilidad por parte del sistema punitivo de poder brindar una prevención especial adecuada o al menos funcional, este sistema debería desaparecer totalmente.

explotación, en la opresión, en la violencia de los opresores. Afirmada en el ansia de libertad, de justicia, de lucha de los oprimidos por la recuperación de su humanidad despojada" (p. 38).

7. Conclusiones

La teoría unificadora dialéctica, es acogida por el legislador peruano, debido a que presenta la mejor formulación teórica de entre todas las teorías. Asimismo, la gran cantidad de problemas que ostentan las teorías puras inducen al legislador a seguir legitimando el daño causado por la pena, mediante una teoría eclética.

En el marco normativo peruano, la pena asume diversos roles, dependiendo del estadio en el que opere. En la conminación asume una función preventivo general, en la aplicación, asume un rol preventivo general, preventivo especial y retributivo. Finalmente, en la ejecución penal, asume solamente un rol preventivo especial.

Pragmáticamente, el tipo de prevención que practica el Perú se fundamenta en la prevención general negativa con motivación en un deficiente proceso penal (prevención general inconsciente).

Los problemas que impiden la materialización de la prevención especial en la política criminal peruana son: la estigmatización, la presión mediática y el exceso de penas privativas de libertad.

Es necesaria la implementación de tipos penales que puedan reforzar la consistencia procesal, en los que se penalice la injerencia que tienen distintos medios de comunicación de forma desproporcionada, excesiva y mal intencionada dentro de los procesos penales.

Es sumamente necesario, priorizar una vía menos gravosa que la privación de libertad frente a la comisión delitos. Debido a que, la privación de libertad es completamente ineficiente cuando hablamos de resocialización.

Para poder combatir con la estigmatización del delincuente, es imperante la promoción de programas de concientización en la sociedad, esto mediante políticas públicas.

Referencias bibliográficas

Althaus, P. (1938). *Adolf Schlatters Gabe an die systematische Theologie.* Bertels-mann.

Althaus, P. (1955). *Die Todesstrafe als Problem der christlichen Ethik.* SAM.

Anderson, D. (2000). *The Deterrence Hypothesis and Picking Pockets at the Pickpocket's Hanging.* http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.214831

Beccaria, C. (2020). *De los delitos y las penas.* Palestra Editores.

Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of political Economy*, *76*(2), 169-217.

Bentham, J. (1789). *Una introducción a los principios de la moral y la legislación.* Claridad.

Bentham, J. (1791). *El panóptico.* Alianza Editorial.

Bentham, J. (1830). *The rationale of punishment.* University of London.

Beytía, P. (2017). El panóptico de Bentham y la instrumentalización de los derechos humanos. *Universitas Philosophica, 34*(68), 173-196. https://doi.org/10.11144/Javeriana.uph34-68.pbdh

Bonhoeffer, D. (2000). *Ética.* Trotta.

Borges, J. (2000). *El Aleph.* El Comercio.

Carnelluti, F. (2019). *Lecciones sobre el proceso penal.* Ediciones Jurídicas Olejnik.

Cury, E. (1988). La prevención especial como límite de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, 41*(3), 685-702.

Custodio, G. (2016). Teorías absolutas de la pena. *Ius Inkarri, 1*. https://doi.org/10.31381/inkarri.v0i1.542.

Durán, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: orígenes y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía, 67, 123-144.* http://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009

Feuerbach, A. (1989). *Tratado de derecho penal.* Editorial Ediar.

Freire, P. (1969). *Pedagogía del oprimido.* La Mano.

García, P. (2006). Acerca de la función de la pena. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf

García, P. (2019) *Derecho Penal. Parte General.* Ideas Solución Editorial.

Gonzales, A. (s.f.). *Teología del reino de Dios en el luteranismo político.* Universidad Pontificia de Salamanca. https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000007002&name=00000001.original.pdf

Hansen, G. (2003). La crítica cristológica de Bonhoeffer a la hermenéutica "pseudoluterana" de las dos esferas. *Numen: revista de estudos e perquisa de religião, 6*(1), 31-78. https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21653

Harbottle, F. (2017). Independencia Judicial y Juicios Penales Paralelos. *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, 4(1),* 1.

Hegel, F. (1821). *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho.* s/e.

Hulsman, L., & Bernat, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa.* Ariel Derecho S.A.

Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal. Parte General.* Trotta.

Jescheck, A., & Weigend, T. (1996). *Tratado de Derecho Penal. Parte General Volumen I.* Instituto Pacifico.

Kant, I. (1785). *La metafísica de las costumbres.* Espasa-Calpe.

Klug, U. (1970). Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel. En M. Jiménez (ed.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho.* (pp. 35 y ss). Ediciones Pannedille.

Liszt, F. (1883). *La idea de fin en Derecho penal.* UNAM.

Lutero, M. (1580) *Libro de la Concordia*. s/e.

Luhmann, N. (1998). *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia.* Trotta.

Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP, 71*, 141-167. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General.* Reppertor.

Montesquieu. (1748). *Del espíritu de las leyes.* s/e.

Palma, R. (1872). *Tradiciones peruanas.* Editores Impacto Cultural S.A.C.

Pérez, C. (2013). Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología, 75*, 287-311.

Roxin, C. (1976). *Sentido y límites de la pena estatal.* Reus.

Roxin, C. (1994). *Derecho Penal Parte General Tomo I.* Civitas.

Roxin, C. (2017). *La teoría del delito en la discusión actual Tomo I.* Editora Jurídica Grijley.

San Martin, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones.* INPECCP.

Silva, J. (2015). *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena.* B de F.

Taruffo, M., & Nieva, J. (2013). *Neurociencia y proceso judicial.* Marcial Pons.

Villavicencio, F. (2019). *Derecho Penal. Parte Genera*l. Editora Jurídica Grijley.

Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). D*erecho Penal. Parte General.* Instituto Pacífico.

Abstract: One of the most important issues in Andean Community administrative law concerns the extension of the *locus standi* to request preliminary rulings from the Court of Justice of the Andean Community (TJCA). In fact, the TJCA has interpreted the concept of "national judge" in a broad and generous manner, including the administrative bodies of the Member States, as well as arbitrators. Thus, the research problem revolves around what is understood by "national judge" in the light of Andean Community Law and the object and purpose of the mechanism of preliminary rulings. The main hypothesis is that administrative bodies and arbitrators are, in fact, "community judges" because they collaborate in the interpretation and uniform application of community law. In this sense, this paper will analyze the preliminary ruling interpretation as one of the most important vehicles to guarantee the rule of law in Intellectual Property matters within the framework of the Andean Community (CAN), and a brief comparative analysis will be made between the preliminary ruling of the Court of Justice of the European Union and that of the TJCA. Finally, some notes will be provided on how to deal with the changes in the case-law of the TJCA.

Keywords: Administrative Law - Court of Justice of the Andean Community - Preliminary Ruling - *Locus Standi* - Common Intellectual Property Regime

1. Introducción: sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

El 26 de mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo de Cartagena, dando inicio al proceso de integración andino, el mismo que a la fecha tiene más de 50 años de existencia. A la fecha, los Países Miembros de la Comunidad Andina (CAN) son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, sin perjuicio de que en un futuro puedan retornar Chile (fue País Miembro entre 1969 y 1976) y Venezuela (fue País Miembro entre 1973 y 2006) o puedan adherirse nuevos países.

En el marco del proceso de integración andino, los Países Miembros han transferido a esa organización internacional un conjunto de competencias soberanas; las mismas que caminan entre las normativas hasta las deliberantes. Estas características ponen de relieve la importancia asociativa de dicho esquema de integración. Al margen de los logros en materia económica y liberación del comercio, la CAN -junto con la UE- es uno de los procesos comunitarios más avanzados institucionalmente a nivel mundial. En efecto, en el ámbito de América Latina y El Caribe, la CAN ha conseguido lo que ningún otro bloque ha obtenido: que sus miembros estén dispuestos a ceder algunos aspectos de su soberanía en favor de la consecución de objetivos colectivos, comunes y superiores.

De la estructura jurídica comunitaria andina, uno de sus mayores logros se verifica mediante la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena el 28 de mayo de 1979, actualmente, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Esta corte internacional se adscribe al modelo desarrollado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, antiguo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea - TJCE) y constituye el organismo más activo y de mayor productividad en el denominado Sistema Andino de Integración (SAI). En efecto, desde hace casi dos décadas es la tercera corte internacional con mayor actividad jurisdiccional dentro del panorama de cortes internacionales a nivel mundial, solo siendo menos activo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) respectivamente; pero siendo largamente más dinámico que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las instituciones del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y otras cortes internacionales (Alter & Helfer, 2017).

Del mismo modo, sobre la actividad judicial de otras cortes internacionales de América Latina y El Caribe, se puede afirmar que la solución de controversias resulta más que preponderante en el ámbito del TJCA. Así, tiene la mayor carga procesal(1) en comparación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos(2), el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR(3),

(1) En cuanto al volumen de su actividad jurisdiccional, hasta febrero de 2021, el TJCA ha recibido un total histórico de 6441 procesos. Información oficial solicitada de manera directa a la Secretaría del TJCA en marzo de 2021.

(2) Hasta 2019, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en 402 casos contenciosos, 643 medidas provisionales, 594 supervisiones de cumplimiento de sentencia y 26 opiniones consultivas. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=e

(3) A la fecha, en el seno del MERCOSUR se han dictado 25 decisiones judiciales: el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) ha emitido 13 providencias, el Tribunal Ad Hoc del Protocolo de Olivos 2 providencias y el Tribunal Ad Hoc del Protocolo de Brasilia 10 providencias. http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_laudos.htm.

la Corte Centroamericana de Justicia del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)[4] y la Corte de Justicia de la Comunidad del Caribe (CARICOM)[5]. Del mismo modo, en lo que respecta al ámbito de responsabilidades, el TJCA es el más completo, puesto que se manifiesta a través de sentencias en los diversos procesos a su cargo, los cuales son similares a los del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

Los poderes primigenios del TJCA se expresan a través de la resolución de las acciones de nulidad e incumplimiento, así como la interpretación prejudicial. En 1996 se incorporaron otros poderes, como la excepción de inaplicación, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral (Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1996).

En paralelo a su labor jurisdiccional, una de las principales responsabilidades del TJCA consiste en difundir el conocimiento del ordenamiento jurídico andino. Esta labor se ha intensificado exponencialmente desde el 2013 a través de infinidad de cursos, conferencias, seminarios, conversatorios, paneles y demás actividades académicas destinadas a los círculos judiciales, universitarios, profesionales, gremiales y empresariales, en los que se ha difundido el ordenamiento jurídico andino y la labor jurisdiccional del TJCA[6]. Ello ha repercutido en un incremento más que significativo en su carga procesal, principalmente en relación con las interpretaciones prejudiciales, que componen aproximadamente el 90% de su actividad jurisdiccional. La labor de difusión surgió como consecuencia de un cambio radical de perspectiva sobre qué se debía hacer en el seno del TJCA (Diez Canseco, 2019, p. 155 y ss.).

En efecto, la actividad resolutiva del TJCA se ha incrementado de forma constante y significativa: En 2014 se resolvieron 327 causas judiciales (19.7% más que el 2013), en 2015 se resolvieron 479 causas judiciales (16.3% más que el 2014), en 2016 se resolvieron 504 causas judiciales (5% más que el 2015), en 2017 se resolvieron 556 causas judiciales (10% más que el 2016), en 2018 se resolvieron 619 causas judiciales (11% más que el 2017), y en 2019 se alcanzó la cifra histórica de 734 causas judiciales resueltas (19% más que el 2018) (TJCA, 2020, p. 4). En el 2020, durante la pandemia del Covid-19, se resolvieron un total de 439 causas (40% menos que en el 2019).

Así, desde 1984 -cuando entra en funciones el TJCA- hasta febrero de 2021, el TJCA ha recibido un total histórico de 6441 procesos y desde el 2013 hasta ahora se han visto 4324 casos. Ello significa que en los últimos 8 años la carga procesal del TJCA ha aumentado en un sorprendente 67%.

En particular, sobre la actividad jurisdiccional del TJCA se puede advertir que desde el 2014 se ha incrementado de manera exponencial: Si entre el 2008 y 2013 habían ingresado al año un promedio de 172 solicitudes, en el 2014 dicho número se duplicó e ingresaron 325 consultas. Esta tendencia permaneció durante el 2015, cuando se logró la cifra histórica de 691 consultas enviadas por los órganos jurisdiccionales, las entidades administrativas y los tribunales arbitrales de los cuatro Países Miembros: 397 de Colombia, 218 del Perú, 42 del Ecuador y 34 de Bolivia (TJCA, 2016, p. 7).

La justificación de la presente investigación radica en que, prácticamente, se ha cuadriplicado el número de solicitudes de interpretación prejudicial y ha aumentado la participación de Bolivia (país que había enviado únicamente dos solicitudes en el 2011 y seis en el 2014). En ese sentido, desde el 2015 se ha verificado un llamativo aumento de las solicitudes, que cabe atribuir a una importante labor de difusión del ordenamiento andino llevada a cabo por el TJCA (TJCA, 2016, pp. 7-8; pp. 65-66).

Al respecto, uno de los temas de mayor trascendencia en el Derecho Administrativo comunitario andino está referido, precisamente, a la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales al TJCA. De hecho, el TJCA ha interpretado de manera amplia y generosa el concepto de "juez nacional", incluyendo a los órganos administrativos de los Estados miembros, así como a los árbitros. De tal manera que, el problema de investigación gira en torno a la interrogante ¿qué se entiende por "juez nacional"?

Como metodología y técnica de investigación se realizará un breve paralelismo

(4) Hasta el 2017, la Corte Centroamericana de Justicia del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) habría emitido aproximadamente 170 decisiones judiciales. *Véase* sus memorias de labores: http://portal.ccj.org.ni/ccj/memorias/.

(5) Hasta el 2014, la Corte de Justicia de la Comunidad del Caribe (CARICOM) había pronunciado 76 sentencias. http://www.caribbeancourtofjustice.org/judgments-proceedings/original-jurisdiction- judgments.

(6) Entre el 2015 y el 2019 se dieron 127 eventos académicos y de difusión en los que participaron los Magistrados del TJCA. Información oficial solicitada de manera directa a la Secretaría del TJCA en junio de 2020.

entre la consulta prejudicial del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y la del TJCA (método comparativo). La razón de ser de esta aproximación metodológica consiste en que resulta necesario comparar el caso andino con el caso europeo, ya que no se podría hablar plenamente de la interpretación prejudicial andina, sin antes tomar como elemento referencial el sistema europeo, al ser la Unión Europea el proceso de integración más avanzado y nuestro único punto de referencia; mas ello, no debe implicar tomar tal modelo de manera ciega y mecánica, dejando de lado las particularidades y singularidades de la subregión andina.

Se recurrirá, además, a los principios de interpretación sistemática y teleológica de las normas, salvo que su aplicación se exceptúe por otros principios de interpretación del Derecho comunitario que, naturalmente, serán de aplicación preferente.

El objetivo del trabajo es vislumbrar una respuesta a la interrogante qué se entiende por "juez nacional" a la luz del Derecho comunitario andino y el objeto y fin del mecanismo de la interpretación prejudicial. La hipótesis principal consiste en que, tanto los órganos administrativos como los árbitros, cuentan con legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales en la CAN, puesto que, en los hechos, son verdaderos "jueces comunitarios" al colaborar en la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

A continuación, en el presente trabajo se analizará la interpretación prejudicial como uno de los más importantes vehículos para garantizar el Estado de Derecho en materia de Propiedad Intelectual en el marco de la CAN, y se hará un breve análisis comparativo entre la consulta prejudicial del TJUE y la del TJCA. Por último, se brindarán algunos apuntes sobre cómo se deben enfrentar los cambios jurisprudenciales del TJCA.

1.1. La interpretación prejudicial como mecanismo garante de un Estado de Derecho de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina (CAN)

Una de las tendencias modernas del Derecho administrativo se vincula con el reconocimiento de su existencia más allá de las fronteras de un Estado. De manera similar a la Unión Europea, el Derecho administrativo comunitario andino se nutre de la existencia de una función administrativa andina, una administración pública comunitaria, un sistema de fuentes andino y un contencioso administrativo comunitario (Santos, 2013, pp. 21-44).

Si bien la interpretación prejudicial constituye un mecanismo de colaboración judicial, en la práctica no se puede obviar su arista de mecanismo de control judicial de las actuaciones de los Países Miembros y de sus respectivas administraciones públicas. Como lo indica su nombre, tienen por objeto interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros (Estatuto del TJCA - ETJCA, art. 121). En ese sentido, el juez nacional no puede arrogarse el lugar del TJCA y comprometer la uniformidad en la interpretación y la aplicación de los tratados, además del derecho derivado de los órganos comunitarios.

De lo señalado hasta ahora se desprende que el objetivo principal de la cooperación judicial entre jueces nacionales y el TJCA consiste en evitar las posibles asimetrías interpretativas que se generarían si cada juez nacional de los cuatro Países Miembros decidiera hacer prevalecer su propia visión en relación con la manera como debe aplicarse el Derecho comunitario andino. En otras palabras, se trata de resguardar la igualdad entre los litigantes andinos si determinadas normas comunitarias se aplican de manera diferente.

1.1.1. La interpretación prejudicial

En el art. 121 del ETJCA se prescribe que: "Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros".

Sobre la relación entre el "juez nacional" y el TJCA la Corte Constitucional de la República de Colombia ha tenido ocasión de manifestar:

> El sistema judicial comunitario, no se compone únicamente del Tribunal del Acuerdo de Cartagena, sino que conforma un concepto de mayor alcance, comprensivo tanto de las jurisdicciones de los Estados miembros como del Tribunal de Justicia. El tribunal no es el único que tiene jurisdicción comunitaria en cuanto a aplicaciones del derecho se refiere, por lo cual debe compartir sus funciones con las justicias nacionales sin afectar la autonomía judicial en los Estados miembros. (…) El papel del juez nacional en este sentido se convierte en pieza clave, puesto que por el camino de la interpretación prejudicial este se consolida como la instancia más inmediata que tiene el ciudadano para la aplicación del derecho de integración. Las relaciones interjurisdiccionales entre los tribunales comunitarios y las justicias nacionales se aplican básicamente en el ejercicio de la función de interpretación prejudicial que otorga a estas últimas el derecho de recurrir en consulta al tribunal en asuntos atinentes a la ley de la Comunidad, por una parte, y, por otra,

> la obligación de aplicar la interpretación efectuada por el Tribunal (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, 25 de mayo de 1995, Expediente D-576).

La interpretación realizada por el TJCA tiene carácter obligatorio y vincula al consultante, en el sentido que este deberá brindar a la normativa comunitaria, dentro del proceso o procedimiento nacional, el significado y el alcance recogido y decidido por el Tribunal (ETJCA, art. 127).

La consulta puede ser facultativa u obligatoria. Será facultativa para los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, pero que no son de única o última instancia ordinaria (ETJCA, art. 122). En cambio, si se trata de un proceso en el que la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos ordinarios en el Derecho interno y en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas andinas; el juez nacional deberá suspender el proceso y solicitar obligatoriamente la interpretación al Tribunal (ETJCA, art. 123).

Recibida la consulta, dentro del término de 30 días siguientes de su admisión por parte del TJCA, este dictará sentencia. En ella el TJCA deberá limitarse a precisar el contenido y el alcance de las normas andinas referidas al caso concreto. El TJCA no interpretará el derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso o procedimiento nacional. Sin embargo, podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable para efectos de emitir la interpretación solicitada (ETJCA, art. 126).

Cuando el juez nacional obligado a enviar la solicitud se abstenga de hacerlo o cuando, efectuada esta, se separe de la interpretación del TJCA, los Países Miembros y los particulares afectados podrán activar ante la SGCA un procedimiento administrativo denominado como acción de incumplimiento (ETJCA, art. 128; Cienfuegos, 2013). Sin embargo, la práctica ha demostrado que ello no suele suceder, puesto que mayormente no se cumple con esta obligación de fiscalización y control por parte de los Países Miembros y la SGCA.

Por otra parte, en cualquiera de los dos supuestos señalados anteriormente, los particulares podrán interponer una demanda de nulidad de sentencia en sede nacional por la contravención de una norma procesal de orden público, puesto que constituye una clara violación al debido proceso (Gálvez, 2001, pp. 140-143).

Sobre este punto, la jurisprudencia andina ha señalado que:

> [e]l requisito de la solicitud de interpretación prejudicial, teniendo en cuenta la aplicación inmediata y el efecto directo de la normativa comunitaria andina, entra a formar parte de la normativa procesal nacional de manera inmediata y automática. Su incumplimiento acarrearía la nulidad de la sentencia y entraría a ser parte integrante de las causales de nulidad previstas en la normativa interna. Es importante recordar que la violación de las normas procesales es la base para alegar una violación al 'derecho al debido proceso'. De conformidad con las figuras procesales internas (…) recursos extraordinarios de revisión, casación (…) acciones constitucionales como la tutela, el amparo, la acción de protección, etc. De conformidad con las previsiones del Derecho interno, los afectados por este incumplimiento podrían solicitar la reparación del daño causado, utilizando, para el efecto, las figuras procesales nacionales (Proceso 248-IP-2013, pp. 13-14).

1.1.2. Sobre un Estado de Derecho de Propiedad Intelectual en la CAN.

Las interpretaciones prejudiciales señalan el derrotero y expresan los avances positivos hacia la consolidación del proceso de integración jurídica de la CAN, a diferencia de las acciones de incumplimiento y de nulidad, surgidas como consecuencia de las fallas o imponderables del proceso de integración. En efecto, el mayor número de sentencias de interpretación prejudicial pone de relieve que la normativa pertinente se aplica rigurosamente y es respetada. Del mismo modo, ratifica que el sector económico dentro de la que se encuentra es sumamente activo, además de que su normativa resulta de importancia. En cambio, las acciones de incumplimiento y de nulidad, tal como se ha indicado, suponen que no se está respetando el ordenamiento jurídico andino.

Asimismo, partiendo de la constatación de que las interpretaciones prejudiciales sirven para resolver problemas entre particulares, pone de relieve inequívocamente que se están protegiendo directamente los intereses individuales de los ciudadanos andinos, de los empresarios y de los consumidores, garantizando sus derechos e intereses y aportando beneficios tangibles. Sobre este particular también cabe señalar que en la medida que el sistema de integración se consolide y haya un mayor número de decisiones en otras materias, se tendrá como correlato un incremento aún mayor en el número de interpretaciones prejudiciales.

Sumado a la importante labor de difusión del Derecho comunitario llevada a cabo por el TJCA, el aumento exponencial de la carga procesal del TJCA se debe también en gran medida a la creación de la

Octava Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima de la República del Perú (hoy Quinta Sala) y, particularmente debido a la ampliación de la legitimidad activa de las oficinas nacionales competentes para solicitar interpretación prejudicial facultativa. En efecto, se han recibido solicitudes de las entidades administrativas vinculadas con la propiedad intelectual de todos los Países Miembros; como es el caso del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual del Estado Plurinacional de Bolivia (SENAPI) (Proceso 105-IP-2014), de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC)(Proceso 242-IP-2015), del Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales del Ecuador (SENADI)(Proceso 737-IP-2018) y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI)(Proceso 121-IP-2014 y Proceso 297-IP-2014), tal como se verá más adelante.

Como lo demuestran las estadísticas, los conflictos que versan sobre la protección de la Propiedad Intelectual (PI) representan casi el 90% de las responsabilidades jurisdiccionales del TJCA (TJCA, 2016, pp. 71-75; TJCA, 2018, p. 10). Por ello, la jurisprudencia de dicho tribunal comunitario en materia de Propiedad Intelectual ha venido consolidando sistemáticamente la aplicación uniforme de esta clase de normativa comunitaria en todos los Países Miembros, además de que ha coadyuvado a establecer una isla de jurisdicción internacional eficaz y un Estado de Derecho de Propiedad Intelectual en la CAN (Alter et al, 2009, p. 2).

Cabe señalar que ha sido reconocido internacionalmente que los países andinos cuentan con un robusto sistema de PI, reconocida en el art. 55 del Acuerdo de Cartagena y está expresado en sus dos grandes vertientes: los derechos de autor (Decisión 351) y la propiedad industrial (Decisiones 486, 632 y 689), además de un régimen común de protección a los derechos de obtentores de variedades vegetales (Decisiones 345 y 366) y un régimen común sobre acceso a los recursos genéticos (Decisiones 391, 423 y 448). Este último reconoce los derechos de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados con los recursos genéticos y sus productos derivados[7]. En cuanto a la propiedad industrial existe un denominado Régimen Común, el mismo que se expresa a través de la Decisión 486 de la Comisión de la CAN; la misma que fue adoptada en Lima el 14 de septiembre de 2000, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2000 (Sasaki, 2014, pp. 67 y ss).

2. Evolución jurisprudencial del TJCA en relación con la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales al TJCA

El mecanismo de la interpretación prejudicial constituye una acción de colaboración y cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario. La interpretación es solicitada por el "juez nacional" de un País Miembro que está conociendo un litigio y en el que, para resolverlo, debe aplicar el Derecho de la CAN. Lo importante del tema es que el TJCA ha interpretado de manera amplia y generosa el concepto de "juez nacional", al haber incluido, tal como se verá a continuación, a los órganos administrativos de los Países Miembros, así como a los árbitros, respectivamente.

2.1. Los árbitros

En un primer momento y hace más de una década, que en el marco del Proceso 3-AI-2010, el TJCA determinó por primera vez la obligación de un tribunal arbitral de solicitar interpretación prejudicial de la siguiente manera:

> Con ocasión de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, este Tribunal comunitario amplió el concepto de juez nacional, a efectos de determinar quiénes podían solicitar una interpretación prejudicial. En este sentido, se incluyó dentro de este concepto a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, como era el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, que solicitó la interpretación prejudicial. Es decir, el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria. En este contexto, deriva necesario determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior.

(7) *Véase* http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=301&tipo=TE&title=propiedad-intelectual, consultado por última vez el 15 de julio.

En efecto, el TJCA determinó que, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y fungen como última o única instancia ordinaria, para los efectos del Derecho comunitario actúan como verdaderos jueces nacionales. Así, debido a esta interpretación amplia de la norma, se ha incluido a los árbitros dentro del concepto del "juez nacional", ya que ellos deciden en derecho. Por lo tanto, el TJCA estableció que los árbitros tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial, de manera directa, sin la mediación de los órganos jurisdiccionales nacionales (Proceso 3-AI-2010).

Este criterio jurídico interpretativo ha sido recogido en el "Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales" aprobado por Acuerdo 08/2017, modificado por Acuerdo 04/2018 del TJCA, que al definir "órgano jurisdiccional" señaló que comprende a los árbitros.

Recientemente, mediante el Proceso 01-IP-2021, publicado el 6 de mayo de 2021 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el TJCA aclaró lo siguiente:

> Lo que se debe evitar es que un árbitro o tribunal arbitral, al resolver una disputa aplicando el derecho andino, aplique criterios jurídicos interpretativos opuestos al de otro árbitro o tribunal arbitral, diferentes al aplicado por una autoridad administrativa o judicial, o distintos a los establecidos por el TJCA, por lo que resulta necesario que sea esta corte internacional, en ejercicio de sus competencias exclusivas y excluyentes, la que uniformice tales criterios jurídicos, lo que se efectúa, precisamente, a través de la interpretación prejudicial.

El TJCA agregó que el hecho de que una controversia derive de una situación o relación jurídica cubierta por el derecho andino no significa, de antemano, que el árbitro o tribunal arbitral tenga que aplicar o que se controvierta dicho derecho en el momento de resolver la controversia. Hay escenarios en los cuales, si bien la cobertura jurídica la brinda el derecho andino, la controversia en sí misma incide sobre aspectos contractuales que no requieren que el árbitro o tribunal arbitral tenga que desarrollar un criterio jurídico interpretativo del derecho andino para resolverla. En efecto, si bien un asunto puede estar mediatamente relacionado con el derecho andino, lo cierto es que existen controversias que pueden ser resueltas sin necesidad de establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina, mientras que otras disputas requieren, necesariamente para la resolución del caso, del establecimiento, creación o aplicación de un criterio jurídico interpretativo de la norma andina.

El Tribunal señaló que: "si para resolver la controversia que tiene en sus manos, el árbitro o tribunal arbitral no va a necesitar establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina, no tiene la obligación de solicitar al TJCA interpretación prejudicial alguna. Si el árbitro o tribunal arbitral no va a establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de la norma andina, no hay forma en que se genere una aplicación diferenciada de la norma andina, por lo que en este caso no cabe aplicar el instituto de la interpretación prejudicial obligatoria".

En otras palabras, la mera alegación de una de las partes de una norma andina no genera la obligatoriedad de solicitar una interpretación prejudicial a cargo del TJCA. Para que sea exigible dicha solicitud, es imprescindible que el árbitro o tribunal arbitral tenga que aplicar o interpretar la norma andina para resolver la controversia, lo que significa la necesidad de establecer, crear o aplicar un criterio jurídico interpretativo de alguna disposición del ordenamiento jurídico comunitario andino para solucionar la disputa de que se trate.

El TJCA cierra el Proceso 01-IP-2021 precisando que:

> Lo expuesto en la presente interpretación prejudicial tiene el propósito de brindar una orientación más clara sobre lo establecido por el TJCA en la Sentencia recaída en el Proceso 03-AI-2010, oportunidad en la cual sustentó, con acierto, que los árbitros o tribunales arbitrales que, al resolver la controversia puesta a su conocimiento, van a aplicar el derecho andino, califican como "jueces nacionales" para efectos de la solicitud de interpretación prejudicial. (...) Resta señalar que los criterios jurídicos interpretativos establecidos en la presente sección se aplican "ex nunc", a partir de la publicación de la presente interpretación prejudicial en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. No tienen, por tanto, efecto retroactivo.

2.2. Los órganos administrativos encargados del registro de la Propiedad Industrial

En un segundo momento y a partir del Proceso 121-IP-2014[8], el TJCA también ha interpretado de manera amplia el concepto de "juez nacional"; incluyendo por primera vez a los órganos o entidades administrativas de los Países Miembros. Ello se detalla a continuación.

(8) Magistrado ponente: Luis José Diez Canseco Núñez. Interpretación prejudicial solicitada por la Dirección de Signos Distintivos (DSD) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI).

En efecto, según el TJCA, "el concepto de 'juez nacional' constituye un concepto autónomo, propio del Derecho comunitario andino, que debe ser definido únicamente por el Tribunal de acuerdo con criterios propios" (Proceso 121-IP-2014) y tomando en cuenta el objetivo mismo del mecanismo de la interpretación prejudicial.

Del mismo modo, el TJCA, en resguardo de su misión de asegurar la interpretación y la aplicación uniforme de las normas andinas en todos los Países Miembros, no se ha limitado, como lo hizo en el caso de los árbitros, a realizar una interpretación restrictiva y literal del art. 33 de su Tratado de Creación y de los arts. 122 y 123 de su Estatuto, sino que "ha ido ampliando el alcance del concepto de 'juez nacional' a la luz del objetivo final de la interpretación prejudicial; considerando que se trata de un término genérico y comprensivo de todas las autoridades que administran justicia por mandato legal" (Proceso 121-IP-2014, p. 6).

Igualmente, en el marco de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, el TJCA se pronunció sobre la legitimidad activa de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia (Grupo de Trabajo de Competencia Desleal) de la siguiente manera:

> Se hace evidente que en la actualidad para clasificar la naturaleza de los actos ya no es suficiente el criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse sólo a los que emanan de los Jueces de la República. En este marco argumentativo, es entendible y evidente que un Estado pueda atribuir funciones judiciales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de proferir verdaderas sentencias judiciales.
>
> Por lo anterior, resulta menester interpretar el Art. 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los Arts. 122, 123, 127 y 128 del Estatuto, cuando se refieren a los Jueces Nacionales, de manera amplia, en aras de identificar el sujeto legitimado para solicitar la interpretación prejudicial y que dentro de un País Miembro es aquel que ostenta la función judicial. Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma.
>
> Como conclusión, el término "Juez Nacional" debe interpretarse incluyendo a los organismos que cumplen funciones judiciales, siempre que cumplan las condiciones mínimas señaladas por la ley interna; para de esta manera tenerlos como legitimados para solicitar la interpretación prejudicial, cuando en el ejercicio de dichas funciones conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta algunas de las normas que integran el Derecho comunitario Andino. Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el "juez nacional" y el "juez comunitario" en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración (Proceso 14-IP-2007, pp. 7-8; Proceso 130-IP-2007, p.10).

Cabe indicar que dentro del Proceso 121-IP-2014, el TJCA apuntó que cuando se toma en cuenta un criterio funcional, material u objetivo y no únicamente un criterio orgánico, formal o subjetivo, necesariamente se debe ampliar el concepto de juez nacional. Los estados también pueden atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial, revestidos de nuevas competencias a fin de aplicar normas jurídicas para resolver controversias y emitir decisiones firmes (Proceso 121-IP-2014, p. 7). En particular, "la imparcialidad de estas entidades motiva la 'jurisdiccionalización' de los procedimientos que tramitan, llegando a ser consideradas como 'órganos administrativos *sui generis* o especiales', u 'órganos de naturaleza híbrida, jurisdiccional-administrativa'" (Proceso 121-IP-2014, p. 8).

En el marco de su razonamiento, el TJCA toma en consideración que todos los órganos e instituciones de la administración pública de los Países Miembros deben actuar bajo el principio de legalidad. En ese sentido:

> Si las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales cuentan con la interpretación prejudicial del Tribunal antes de la emisión de sus actos administrativos; en la práctica, por una parte se asegura la aplicación uniforme de la norma comunitaria desde el primer momento en que es invocada y, por otra, se limita la discrecionalidad de la administración, otorgando mayor seguridad jurídica y predictibilidad a estos procedimientos, aspecto que redunda en una mayor protección de los derechos de los administrados (Proceso 121-IP-2014).

Adicionalmente, el TJCA advirtió que "resulta evidente que no todos los actos administrativos son impugnados en la vía judicial". De tal forma que, si no se habilita el mecanismo de la interpretación prejudicial facultativa para las entidades administrativas que resuelven controversias en los que se aplica el ordenamiento jurídico andino, existe el riesgo de que se consoliden actos que contengan interpretaciones divergentes e inclusive contrarias a la normativa y a la jurisprudencia andinas. El TJCA concluye señalando que "esta situación podría generar un incumplimiento por parte del País Miembro, ya que los Estados son los principales sujetos del Derecho comunitario y son ellos quienes

responden por los actos de sus instituciones" (Proceso 121-IP-2014, p. 8).

Como la finalidad última de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria en todos los Países Miembros, los jueces, los árbitros en derecho (Proceso 3-AI-2010), así como las autoridades administrativas a las que dichos Estados han otorgado funciones jurisdiccionales(9) tienen la posibilidad de solicitar la interpretación del TJCA cuando conozcan de un proceso o procedimiento en el que deba aplicarse normativa andina, siempre que la sentencia, el laudo o la resolución sea susceptible de recursos ordinarios en el derecho interno (Proceso 121-IP-2014). En cambio, cuando se trate de la única o última instancia ordinaria, se deberá suspender el proceso y solicitar la correspondiente interpretación prejudicial.

Al efecto, el TJCA estableció algunos criterios generales sobre la naturaleza y funciones de los órganos administrativos consultantes, los mismos que servirán como parámetro de análisis para verificar en cada caso si pueden ser considerados como "juez nacional" (Proceso 121-IP-2014, p. 9).

En consecuencia, el TJCA concluyó en el Proceso 121-IP-2014 que:

> En la primera oportunidad en la que un órgano o entidad administrativa realice una consulta con el propósito de obtener la interpretación prejudicial, esta deberá acreditar que: 1) se ha constituido por mandato legal, 2) se trata de un órgano permanente, 3) el carácter obligatorio de sus competencias, 4) el deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias, 5) el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso; y, 6) la imparcialidad de sus actos". En el caso particular, el TJCA verificó que "la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos son órganos dentro de la estructura orgánica del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), de la República del Perú, constituidas por mandato legal con carácter permanente, cuya jurisdicción es obligatoria, asumiendo competencia primaria exclusiva para conocer y resolver el procedimiento aplicando la normativa andina. Asimismo, el presente procedimiento respeta el debido proceso y posee el carácter contradictorio, además de que debido a su autonomía funcional queda garantizada su imparcialidad (Proceso 121-IP-2014, p. 9).

Como podemos observar, el Proceso 121-IP-2014 guarda una íntima relación con los principios del Derecho administrativo, a saber: el principio de legalidad (las autoridades administrativas deben actuar con respeto al Derecho comunitario dentro de las facultades que le estén atribuidas), el debido procedimiento, el principio de impulso de oficio (las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias), el principio de imparcialidad (las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico comunitario) y el principio de verdad material (en el procedimiento la autoridad administrativa deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias).

Cuando un consultante solicita interpretación prejudicial surgen dos obligaciones jurídicas: (i) aplicar la interpretación al momento de resolver el caso; y, (ii) enviar la sentencia, el laudo o la resolución administrativa al TJCA para que se verifique la debida aplicación de la interpretación prejudicial (c.f. García, 2014, pp. 142-162). Pero, como apuntamos anteriormente, en la mayoría de los casos no se cumple con esta obligación de fiscalización y control por parte de los Países Miembros y la SGCA.

Tras analizar la evolución jurisprudencial del TJCA en relación con la ampliación de la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales, creemos positivas las decisiones que incluyen a los árbitros y a los órganos administrativos encargados del registro de la Propiedad Industrial. Ello guarda concordancia con la propia autonomía del Derecho comunitario andino y el objeto y fin último del mecanismo de la interpretación prejudicial, cual es precisamente, la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el territorio de los cuatro Países Miembros.

Una interpretación amplia del concepto de "juez nacional" asegura la plena identificación del legítimo operador nacional, considerado también como un "juez comunitario" por colaborar en la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho comunitario (Mendoza, 2019, p. 271). En suma, se ha privilegiado la interpretación teleológica o funcional, ya que esta se adapta mejor para lograr la

(9) Se incluye a las entidades administrativas que tramitan procedimientos "jurisdiccionalizados".

uniformidad en la interpretación y la aplicación del Derecho comunitario en todos los países andinos.

3. Un breve paralelismo entre la consulta prejudicial del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y la del TJCA

Al ser la CAN y la UE procesos de integración supranacionales, el TJCA sigue muy de cerca el desarrollo de la jurisprudencia europea y ha recogido de manera uniforme los tres principios del efecto directo, de la aplicación inmediata y de la primacía del Derecho comunitario, consagrados en Van Gend & Loos, Flaminio Costa y Simmenthal (Asunto 26/02, Van Gend & Loos, 5 de febrero de 1963; asunto 6/64, Flaminio Costa vs ENEL, 15 de julio de 1963; asunto 106/77, Simmenthal, 9 de marzo de 1978), que fundamentan la esencia de la integración europea y que son el fruto de las consultas prejudiciales realizadas por las distintas cortes nacionales. Adicionalmente, en el ámbito de la PI, el TJCA ha citado reiteradamente la doctrina del TJUE en sus fallos (Proceso 13-IP-2004, Proceso 179-IP-2006, Proceso 31-IP-2010; Vigil, 2011, p. 2).

Asimismo, el TJCA tampoco ha dejado de emplear e invocar la doctrina europea. Ricardo Alonso García, Robert Lecourt, Santiago Muñoz Machado, Gil Carlos Rodríguez Iglesias o Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer son algunos de los autores mencionados (c.f. Suárez, 2001, p. 94).

Sin embargo, en el ámbito de la legitimidad activa para solicitar consultas prejudiciales ante el TJUE podemos advertir una clara diferencia. Esta legitimidad activa es mucho más restringida, toda vez que las entidades puramente administrativas (p.e. los órganos administrativos encargados del registro de la Propiedad Industrial) y los árbitros no pueden formular consultas. En efecto, el Tribunal sostuvo que no tenía jurisdicción para responder la consulta remitida ya que "el tribunal remitente actuó dentro de sus facultades administrativas y no judiciales" (TJUE, asunto C-96/04, 27 de abril del 2006). En el caso de los árbitros (cuya composición dependa de las partes en conflicto), el TJUE ha denegado la calificación de "órgano jurisdiccional", pues la falta de pertenencia de los árbitros a un sistema jurisdiccional estatal impide que estos puedan remitir cuestiones prejudiciales (TJCE, asunto 102/81, 23 de marzo de 1982).

No obstante, el Tribunal de Luxemburgo admitió varias cuestiones prejudiciales solicitadas por órganos que formalmente no son jurisdiccionales como, por ejemplo, los colegios profesionales en el ejercicio de sus funciones disciplinarias o los tribunales arbitrales de carácter permanente. En el caso español, se han admitido cuestiones planteadas por el Tribunal Central Económico Administrativo, el Tribunal de Defensa de la Competencia o el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público sobre la base de los criterios esgrimidos por el propio Tribunal: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas (TJUE, asunto C-203/01, 06 de noviembre del 2015), así como su independencia e imparcialidad.

En segundo lugar, otra diferencia con la consulta prejudicial de la UE consiste en que a nivel de la CAN no operan las teorías del "acto claro" y del "acto aclarado". En el seno de la UE ellas juegan como excepciones a la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación (Bueno y Perotti, 2005). Para el TJCA, la claridad de una disposición o "[l]a existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación" (Proceso 3-IP-89, p. 3). Ello es así debido al efecto relativo e *inter partes* de la interpretación prejudicial, que solo vincula a los jueces involucrados en el caso concreto y no a los jueces del bloque regional (cf. Klein, 2011, p. 75). En palabras del TJCA: "la interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto" (Proceso 1-IP-87, p. 4).

> Según Tobón, "[e]l fundamento de dicha posición es que el TJCA podría variar y cambiar su opinión cuando encuentre razones justificadas para hacerlo. El juez nacional debe solicitar la interpretación prejudicial siempre, aun en los casos similares o análogos, ya que en el ámbito andino no puede hablarse de una `precedencia´ interpretativa" (Tobón, 2005, pp. 461 y ss., p. 469).
>
> Cabe indicar que un gran sector de la doctrina opina que el TJCA debería revisar su posición sobre acoger, al menos, la teoría del acto aclarado, aunque bajo ciertas premisas, exigencias y circunstancias jurídicas, tendentes a evitar los abusos. Siguiendo, entre otros, a Bueno & Perotti (2005), se es de la opinión que la actual existencia de una amplia jurisprudencia sobre PI (que abarca cuestiones como los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, las marcas denominativas, gráficas o mixtas, la semejanza entre signos o los signos evocativos) permitiría al juez nacional abstenerse de efectuar la consulta

> sobre dichas nociones o los preceptos en los que se emplean, dando directamente aplicación a dicha jurisprudencia. De esta forma, se evitaría la acumulación ante el TJCA de asuntos sobre la misma materia, que dan lugar a sentencias muy semejantes, o incluso idénticas, que desvalorizan las funciones del Tribunal (Vigil, 2004, p. 145; Troya, 2014).

En tercer lugar, en ese paralelismo entre el TJCA y el TJUE, algunos autores han llamado la atención sobre el hecho que, en el ámbito andino y mayormente antes del 2014, ha faltado el apoyo de un *jurist advocacy movement*, que sí concurrió en el continente europeo. Este concepto engloba al conjunto de abogados, jueces, académicos, asesores y funcionarios nacionales y europeos que se organizaron, desde el inicio de la integración europea, para defender los objetivos del proceso de integración regional (Alter, 2016, p. 4).

Para concluir este breve análisis, creemos oportuno recoger las palabras de Alonso García:

> Esta inspiración en el sistema europeo, por lo demás, no se traduce en una importación irreflexiva de principios y técnicas jurídicas, manteniendo el Tribunal como propios del sistema andino rasgos ajenos a los configurados por el Tribunal europeo de Justicia (…) no solo la experiencia europea puede y debe servir para consolidar e intensificar los sistemas de integración en Latinoamérica. Antes al contrario, también la Unión Europea debería prestar atención al desarrollo de estos, a los efectos de tener en cuenta posibles elementos con los que perfeccionar y enriquecer un modelo que hace gala, desde sus orígenes, de un dinamismo en constante evolución (Alonso, 2008, pp. 73 y 84).

4. Algunos apuntes sobre cómo se deben enfrentar los cambios jurisprudenciales del TJCA

En el seno del TJCA se han gestado diversas modificaciones jurisprudenciales que han iniciado una nueva línea de pronunciamientos. Ante ello surgen varias interrogantes, como el qué hacer ante dichos cambios jurisprudenciales. En otras palabras, cuál es el destino de los asuntos resueltos sobre la base de la jurisprudencia anterior.

A nuestro parecer, como regla general, cada interpretación prejudicial se emite individualmente para cada caso concreto y debe primar la seguridad jurídica sobre lo resuelto. En ese sentido, en principio, no cabe jurisprudencia que se pudiera aplicar retroactivamente. De esta forma, la nueva jurisprudencia se debe aplicar a los procedimientos o procesos en curso. Sin embargo, se pueden esbozar ciertas posibles excepciones a la regla general cuando se distingue entre los procedimientos o procesos en curso y los finalizados. Si bien las interpretaciones prejudiciales son aplicables para el caso concreto, no se puede negar que, en el fondo, se trata de decisiones judiciales que tienen ciertas implicaciones normativas que van más allá del contexto del caso particular en el que se pronunció.

Por un lado, en el caso de los procedimientos o procesos en curso, la autoridad que conozca dicho proceso deberá adoptar *prima facie* las interpretaciones prejudiciales previas que pudieran existir en base a dicha interpretación del Tribunal y que hemos identificado como la regla general: “El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal” (ETJCA, art. 127).

Sin embargo, si bien la interpretación prejudicial emitida por el TJCA resulta aplicable a lo largo del proceso, ya sea en sede administrativa o judicial; podría solicitarse de manera excepcional una nueva consulta cuando: la solicitud de interpretación prejudicial verse sobre diferentes normas del ordenamiento jurídico comunitario; la existencia de pruebas o documentos que determinan la aparición de nuevos elementos de juicio, no tomados en cuenta en el momento de realizar la interpretación prejudicial original; si a criterio del consultante existen temas o asuntos sobre los que no se pronunció el TJCA; o, si a criterio del consultante es necesaria la ampliación o la aclaración de la interpretación prejudicial (Proceso 121-IP-2014).

Por lo tanto, en el caso de los procedimientos o procesos en curso, se podría intentar solicitar una nueva interpretación prejudicial debido a que se ha producido un cambio jurisprudencial en el seno del TJCA (la aparición de nuevos elementos de juicio), a fin de promover en el caso concreto un segundo pronunciamiento del TJCA. Ello no impide que las autoridades apliquen por propia iniciativa la nueva línea jurisprudencial. Tal fue el caso de la Resolución 656-2019/TPI-INDECOPI, mediante la cual la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI revocó la Resolución 5204-2018/CSD-INDECOPI (basada en la jurisprudencia anterior del Proceso 99-IP-2014), en aplicación de la jurisprudencia actual del TJCA. En específico, se declaró infundada la acción de nulidad interpuesta por Construcciones Inmobiliarias FP S.A.C. contra el registro de la marca QAPAQ, toda vez que resultó insuficiente el ámbito de influencia del nombre comercial CAPAC.

Por otro lado, en los procedimientos o procesos finalizados, al resultar materialmente imposible solicitar una nueva interpretación prejudicial, en caso lo permitiera la legislación nacional, cabe preguntarse si se podría intentar la nulidad de la resolución administrativa, el laudo arbitral (Proceso 3-AI-2010) o la sentencia por contravenir el Derecho comunitario andino, es decir, la jurisprudencia actual. Esto sólo podría imaginarse siempre y cuando la respectiva legislación nacional lo permitiera; por ejemplo, si en sede nacional existiera un recurso extraordinario de revisión, basado en un hecho nuevo que pudiera influir de manera decisiva en el resultado del mismo y que hubiera sido desconocido en la fecha de la emisión de la sentencia. De esta manera, dentro de dicho proceso de nulidad o de revisión se podría solicitar una interpretación al TJCA; no sobre el artículo específico de la Decisión 486, cuya interpretación ha cambiado. Esta interpretación del TJCA sería sobre el objeto y el alcance de una interpretación prejudicial y su relación con los cambios jurisprudenciales, debido a que una interpretación posterior varió el alcance y el ámbito de aplicación de una norma jurídica, modificando así el propio objeto de los derechos del titular.

A manera ilustrativa, en el caso peruano, si un juez aplica la jurisprudencia anterior en desmedro de la que rige actualmente y en contra una sentencia que haya adquirido calidad de cosa juzgada, cabría presentar una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta por haberse violado el debido proceso. De manera alternativa, podría intentarse una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que se trata de una sentencia derivada de un proceso irregular que vulnera el debido proceso. En ambos casos el juez nacional que resuelva como última instancia ordinaria también se encontraría obligado a solicitar una interpretación prejudicial (c.f. Gálvez, 2001, pp. 142-143).

Tras proyectar preliminarmente algunas posibles excepciones a la regla general cuando distinguimos entre los procedimientos o procesos en curso y los finalizados, consideramos que, al encontrarse la jurisprudencia andina en constante evolución, resulta necesario -para cualquier ordenamiento jurídico- encontrar un sano equilibrio entre la estabilidad y la seguridad jurídica, unida a la flexibilidad para hacer posible la evolución jurisprudencial.

Por ejemplo, dentro del Proceso 3-AI-2010, se aprecia que el TJCA estableció, por primera vez, la obligación de los árbitros en derecho de solicitar interpretación prejudicial al TJCA cuando los procesos arbitrales versen sobre Derecho comunitario. En el caso citado, en aras de un sano equilibrio entre la estabilidad, la seguridad jurídica y la flexibilidad que haga posible la evolución jurisprudencial; cabe preguntarse si se puede permitir que esta nueva obligación (desconocida por los propios árbitros) se aplique retroactivamente, provocando la nulidad de laudos arbitrales por no haberse cumplido con dicha obligación. En otras palabras, cabría pretender que dicha nueva obligación de solicitar interpretación prejudicial se aplique con carácter retroactivo a laudos que se emitieron cuando esa "norma jurisprudencial" no se podía conocer porque sencillamente no existía[10].

A nuestro parecer, en dicho proceso se pudo matizar y limitar las consecuencias de los cambios jurisprudenciales del TJCA. En otras palabras, el juez comunitario tiene la facultad de limitar o atemperar los efectos retroactivos que se adjudican a su decisión cuando lo hace necesario el principio de seguridad jurídica (ETJCA, art. 106). Sin embargo, para ello, hay que estar siempre al caso concreto a efectos de ponderar aspectos fundamentales como la seguridad jurídica y la garantía de los derechos.

Sobre el alcance temporal de las consecuencias que se puedan derivar de un cambio jurisprudencial, el TJCE "por consideraciones imperiosas de seguridad jurídica" y a "título excepcional" permitió que la solución nueva sea aplicada sólo a los recursos presentados después de la fecha de la sentencia y a las situaciones y actos jurídicos posteriores (TJCE, asunto 42/59 y 49/59, SNUPAT/Alta Autoridad, 22 de marzo de 1961).

Para concluir, consideramos relevante traer a colación lo señalado por Blasco Gascó (2009):

El cambio de criterio jurisprudencial, y en concreto, su eficacia temporal retroactiva debe ser al menos templada en los siguientes supuestos:

1. Cuando el cambio de criterio introduzca un obstáculo o un requisito procesal o sustantivo no exigido por la doctrina jurisprudencial en el momento de presentar la demanda o de producirse la situación (relación) jurídico material.
2. Cuando el cambio de criterio se refiera a relaciones jurídicas duraderas o de trato

(10) *Véase* Zejalbo, J. (2019). Notas sobre la retroactividad de la jurisprudencia. https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-retroactividad.htm.

sucesivo. Para el autor la nueva doctrina jurisprudencial no se puede extender a las prestaciones y situaciones que sean debidas o nazcan después del cambio de criterio.

3. Cuando el cambio de criterio suponga una situación objetivamente menos beneficiosa para el sujeto en el sentido de limitar o restringir un derecho o facultad que, de acuerdo con el criterio anterior, había sido declarado válido y que el nuevo criterio, sin mediar modificación legislativa, declara nulo.

   Cuando el cambio de criterio obedezca a una interpretación de la norma nacional con base a una directiva comunitaria aún no transpuesta y en periodo de serlo.

   Finalmente, no parece que haya inconveniente en que el Tribunal anuncie un cambio de criterio jurisprudencial para el futuro en un pronunciamiento que necesariamente será *obiter* (pp. 854 - 855).

Sea como fuere, confiamos en que la presente contribución sirva para iniciar el debate y permita promover próximos estudios sobre los efectos y las consecuencias jurídicas de los cambios jurisprudenciales del TJCA.

5. Conclusiones

Las interpretaciones prejudiciales señalan el derrotero y expresan los avances positivos hacia la consolidación del proceso de integración jurídica andino, a diferencia de las acciones de incumplimiento y de nulidad, surgidas como consecuencia de las fallas o imponderables del proceso de integración. En ese sentido, en la CAN se ha llegado a consolidar un verdadero Estado de Derecho en la protección de la Propiedad Intelectual gracias a la jurisprudencia del Tribunal.

Entre las mayores ventajas de la unificación jurisprudencial o del establecimiento de criterios de obligatorio cumplimiento por parte del TJCA en materias específicas de la Propiedad Intelectual (entre otras) están las siguientes: (i) la racionalización de la demanda por interpretaciones prejudiciales facultativas (menos necesidad de acudir siempre al Tribunal comunitario); y (ii) un mayor conocimiento y aplicación de Decisiones andinas y de su interpretación jurisprudencial en las controversias que surjan en los países, en beneficio del Derecho comunitario.

Si bien el TJCA sigue de cerca la jurisprudencia europea, en el ámbito de la legitimidad activa para solicitar consultas prejudiciales ante el TJUE podemos advertir una clara diferencia. Esta legitimidad activa es mucho más restringida, toda vez que las entidades puramente administrativas (p.e. los órganos administrativos encargados del registro de la Propiedad Industrial) y los árbitros no pueden formular consultas. No obstante, el Tribunal de Luxemburgo admitió varias cuestiones prejudiciales solicitadas por órganos que formalmente no son jurisdiccionales como, por ejemplo, los colegios profesionales en el ejercicio de sus funciones disciplinarias o los tribunales arbitrales de carácter permanente.

El Tribunal Andino, sobre la base de un criterio funcional, material u objetivo, ha interpretado de manera amplia y generosa el concepto de "juez nacional"; incluyendo a los órganos administrativos de los Países Miembros, así como a los árbitros. En particular, con la finalidad de verificar la legitimidad activa de los órganos administrativos encargados del registro de la Propiedad Industrial para solicitar interpretación prejudicial facultativa, el TJCA tomó en consideración: el principio de autonomía del Derecho comunitario andino; el objeto y la finalidad de la interpretación prejudicial; la naturaleza de los actos emitidos por las autoridades nacionales; el fenómeno de la *jurisdiccionalización* de los procedimientos tramitados en sede administrativa; y, el principio de legalidad. De tal manera que, mediante las interpretaciones prejudiciales emitidas en los procesos 105-IP-2014, 121-IP-2014, 242-IP-2015 y 737-IP-2018, el TJCA reconoció la legitimidad activa de los cuatro órganos administrativos encargados del registro de la Propiedad Industrial de la CAN.

Las autoridades administrativas, los árbitros y los jueces nacionales se encuentran en la obligación de no contravenir la normativa y la jurisprudencia andinas al momento de emitir sus resoluciones administrativas, laudos o sentencias, respectivamente. De lo contrario, el particular afectado podría activar la acción de incumplimiento en contra del País Miembro o incluso la acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho comunitario.

Como regla general, la interpretación prejudicial se emite para cada caso concreto y debe primar la seguridad jurídica sobre lo resuelto. En ese sentido, en principio, no cabría una jurisprudencia que se pudiera aplicar retroactivamente. De esta forma, la jurisprudencia nueva, se tendría que aplicar a los procedimientos o procesos en curso.

Sin embargo, se pueden esbozar ciertas posibles excepciones a la regla general cuando distinguimos entre los procedimientos

o procesos en curso y los finalizados. Si bien las interpretaciones prejudiciales son aplicables para el caso concreto, no podemos negar que, en el fondo, se trata de decisiones judiciales que tienen ciertas implicaciones normativas que van más allá del contexto del caso particular en el que se pronunció.

Referencias bibliográficas

Alonso, R. (2008). *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*. Advocatus Ediciones.

Alter, K. (2006). Private Litigants and the New International Courts. *Comparative Political Studies, 39*(1), 22-49.

Alter, K. (2016). Jurist Advocacy Movements in Europe and the Andes. *iCourts Working Paper Series, 65*. https://doi.org/10.1177/0010414005283216

Alter, K. & Helfer, L. (2017). *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice (International Courts and Tribunals Series)*. Oxford University Press. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1270075

Blasco Gascó, F. (2009). Eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de septiembre de 2009. En M. Ysquierdo Tolsada (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* 3 (pp. 829- 880). Dykinson.

Bueno, P. & Perotti, A. (2005). La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina? *Dikaion*, *14*(19), 133-152.

Cienfuegos, M. (2013a). Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, *25*, 1-43.

Cienfuegos, M. (2013b). Consultas prejudiciales en la Comunidad Andina y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: ensayo de comparación, *Revista de la Facultad*, *4*(1), Nueva Serie II, 37-77.

Comunidad Andina de Naciones. (1996). Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. http:// http://idatd.cepal.org/Normativas/CAN/Espanol/Tratado_de_Creacion_del_Tribunal_de_Justicia.pdf.

Corte Constitucional de Colombia. (1995, 25 de mayo). Sentencia No. C-228/95 recaída en Expediente D-576. http://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoría/1995/C-228-95.htm.

Diez Canseco, L. (2019). Patience and Perseverance in Administering Justice – The Role of a Judge at the Andean Tribunal of Justice. En Selvik, G., Clifton, M. J., Haas, T., Lourenco, L. & Schwiesow, K. (eds.), *The Art of Judicial Reasoning* (pp. 191-200). Springer.

Gálvez, M. (2001). Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Themis Revista de Derecho, 42*, 31-144.

García, G. (2014). Análisis de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 242-IP-2015 (Marca: TEXTURA SUPERFICIE "OLD PARR"). *Foro: Revista de Derecho, 22*, 143-162.c http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1270075

García de Enterría, E. & Fernández, T. (2011) *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo II). Thomson Reuters.

Helfer, L., Alter, K. & Guerzovich, M. (2009). Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community. *The American Journal of International Law*, *103*(1), 1-47. https://doi:10.2307/20456720.

Ibañez, M. (2010). La aplicación del Derecho fiscal europeo y el control de la adaptación del ordenamiento interno al comunitario: la cuestión prejudicial y legitimación de los TEA. *Cuadernos de Formación, 11*, 179-209.

Klein, L. (2011). *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*. BdeF.

Mendoza, Y. (2019). La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Agenda Internacional*, *26*(37), 271-292. https://doi.org/10.18800/agenda.201901.010

Santos, J. (2013). El Derecho Administrativo del sistema comunitario Andino. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, *10*, 21-44.

Sasaki, M. (2014). El régimen común sobre propiedad industrial en la Comunidad Andina tras la adopción de la Decisión 689: ¿Integración regional o acuerdos bilaterales? En Téllez, E. & Oliveira, R. (dirs.), *Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana* (pp. 67-85). Tirant lo Blanch.

Suárez, J. (2001). *Integración y Supranacionalidad en la Comunidad Andina: Proceso decisorio, Sistema jurisdiccional y relación con los Derechos nacionales* [Tesis para optar por el título de Doctor, Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio UCM. https://eprints.ucm.es/id/eprint/7299/.

Suárez, J. (2006). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado y el Derecho Comunitario: una visión europea, andina y venezolana*. Editorial Sherwood.

Tobón, N. (2005). La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, *Vniversitas, 54*(109), 461-482.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1987). Proceso 1-IP-87.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1989). Proceso 3-IP-89.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1996). Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2001). Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. https://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/TEstatuto%20del%20Tribunal%20

de%20Justicia%20de%20la%20Comunidad%20Andina.pdf.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2004). Proceso 13-IP-2004.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2006). Proceso 179-IP-2006.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2010a). Proceso 31-IP-2010.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2010b). Proceso 3-AI-2010.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2013). Proceso 181-IP-2013.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2014a). Proceso 248-IP-2013.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2014b). Proceso 105-IP-2014.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2014c). Proceso 121-IP-2014.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2015a). Proceso 297-IP-2015.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2015b). Proceso 242-IP-2015.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2016). Informe de Labores de Gestión 2015. https://www.tribunalandino.org.ec/wp-content/uploads/2019/04/INFORME2015.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2018). Informe de Labores de Gestión 2017. https://www.tribunalandino.org.ec/wp-content/uploads/2019/ 04/ INFORME2017.pdf.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2020). Informe de Labores de Gestión 2019. https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/gestion /2019/INFORMES2019.pdf.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.(1961, 22 de marzo). Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1961. Asuntos acumulados 42/59 y 49/59, SNUPAT vs Alta Autoridad. https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61959CJ0042&from=ES.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (1963, 5 de mayo). Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963. Asunto 26-62, Van Gend & Loos. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&qid=1614460859348&from=ES.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (1964, 15 de julio). Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964. Asunto 6/64, Flaminio Costa vs ENEL. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri= CELEX:61964CJ0006&from=ES.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (1978, 9 de marzo). Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. Asunto 106/77, Simmenthal. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=ES.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (1982, 23 de marzo). Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982. Asunto 102/81, Nordsee. http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=91402&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first∂=1&cid=1104761.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2006, 27 de abril). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de abril de 2006, Asunto C-96/04. http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56256&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6676912.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2015, 6 de octubre). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, Asunto C-203/14. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169181&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6677975.

Troya, J. (2014). Comentarios y sugerencias del TJCA al Proyecto de Protocolo modificatorio del TCTJCA [Memorándum].

Vigil, R. (2004). La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial. *Testimonio Comunitario - Doctrina, Legislación, Jurisprudencia* (pp. 96-109). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. http://www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf.

Vigil, R. (2012). El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos. En Hernández, M & Deluca, S. (Coords.) *Tribunales en organizaciones de integración. Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea* (pp. 215-236) Aranzadi Thomson Reuters.

Zejalbo, J. (2019). Notas sobre la retroactividad de la jurisprudencia. https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-retroactividad.htm.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.014

Constitucionalismo abusivo en el Perú: Un análisis a la vacancia presidencial por incapacidad moral y los hechos posteriores al 9 de noviembre de 2020(*)(**)(***)(****)

Abusive Constitutionalism in Peru: An analysis of presidential vacancy for moral incapacity and the events after November 9, 2020

Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza(*****)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo propone una vista distinta de los hechos ocurridos el 9 de noviembre de 2020 y posteriores en el Perú, a raíz de la vacancia presidencial de Martín Vizcarra por la causal de incapacidad moral. La mirada para analizar estos sucesos se centran en la hipótesis de que el Perú presenció un Constitucionalismo abusivo por parte del Congreso de la República, hipótesis que se busca probar a lo largo del trabajo. En primer lugar, la investigación detalla y explica las concepciones iniciales que tiene el Constitucionalismo abusivo y cómo la doctrina ha ido delimitando el concepto. En segundo lugar, se proponen nuevas formas de manifestación que puede tener el Constitucionalismo abusivo más allá de su definición inicial, de tal manera que pueda incluir otros supuestos en los que se esté socavando la democracia mediante mecanismos aparentemente constitucionales. En tercer lugar, se realiza un estudio crítico al sistema de gobierno peruano y las instituciones constitucionales que ha adoptado en su organización, lo que permite identificar los puntos débiles de su estructura política y cómo el Constitucionalismo abusivo puede manifestarse. En cuarto lugar, se analiza la figura de la vacancia por incapacidad moral y cuáles podrían ser sus posibles delimitaciones. Por último, se realiza el análisis final a los hechos ocurridos el 9 de noviembre de 2020 y se determina la presencia de un Constitucionalismo abusivo en la actuación del Congreso.

Palabras clave: Derecho Constitucional - Constitucionalismo abusivo - Vacancia - Presidencialismo Latinoamericano - Incapacidad moral - Perú - Martín Vizcarra - 9 de noviembre de 2020

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 12 de marzo de 2021 y su publicación fue aprobada el 6 de mayo de 2021.
(**) El presente artículo fue realizado bajo la asesoría del Mg. Heber Joel Campos Bernal, quien es profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Sin sus aportes, este artículo no hubiese sido posible.
(***) La autora desea conmemorar a Inti Sotelo y Brian Pintado, víctimas de la violencia policial durante las protestas en contra de las acciones inconstitucionales del Congreso. A ellos, gracias por defender la democracia. Siempre en nuestra memoria.
(****) La autora desea brindar un agradecimiento a sus padres, Grover Rodríguez y Judith Mendoza, por su amor y apoyo incondicional en cada paso que da. A sus hermanos, Dan Rodríguez y Darlene Rodríguez, por ser quienes se alegran con ella en cada logro. A sus abuelos, Ananías Rodríguez, Margarita Espinoza, Eugenio Mendoza y Cristina Castillo, por siempre tenerla presente en sus pensamientos y oraciones. Pero, sobre todo, un agradecimiento especial a Dios, quien puso el querer como el hacer, por su buena voluntad.
(*****) Alumna de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro ordinaria de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Miembro de la Red Nacional de Asociaciones Jurídicas del Perú (REDNAJUR) en representación de la asociación antes mencionada. Ha sido Editora en Jefe de la Revista Jurídica IUS ET VERITAS. Practicante Preprofesional en el Área Procesal del Estudio Payet, Rey, Cauvi & Pérez Abogados. Asistenta de Cátedra en el curso de Psicología y Derecho de la PUCP. Interés en temas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal y Derechos Fundamentales. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1624-2541. Correo electrónico: massiel.rodriguez@pucp.edu.pe.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.015

Frustración del fin del contrato: análisis comparativo, críticas y propuestas en el ordenamiento peruano(*)(**)(***)

Frustration of purpose: comparative analysis, criticism and proposals in the Peruvian legal system

Anjana Shanta Meza Lazo(****)
Estudiante de la Facultad de Derecho PUCP (Lima, Perú)

Alexia Gabriela Taboada Pajuelo(*****)
Estudiante de la Facultad de Derecho PUCP (Lima, Perú)

Resumen: La figura de la frustración del fin del contrato resulta ser interesante, pues pone en jaque al principio del pacta sunt servanda, propio del civil law que vendría a ser nuestra familia jurídica. En el Perú, está figura no está actualmente recogida en la legislación. No obstante, en el año 2019, se presentó una primera propuesta de regulación en el artículo 1372-A del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano, lo que evidenciaría la importancia que dicha figura estaría obteniendo en el país. Por ello, en el presente texto, realizaremos un análisis sobre la frustración del fin del contrato a partir de la comparación de ordenamientos jurídicos tales como el inglés, el norteamericano, el alemán, el argentino y el colombiano. Asimismo, analizaremos el caso peruano y evaluaremos la propuesta del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Finalmente, presentaremos nuestra propia propuesta de regulación que pretende no solo reformular lo presentado en el Anteproyecto, sino que también tiene por objetivo ser una guía de utilización para quienes deseen aplicar esta figura. En nuestra propuesta planteamos que (i) su aplicación se dé en contratos sinalagmáticos; (ii) que el fin se exprese en el contrato o se entienda indubitablemente en base a su fin ordinario o natural; (iii) que la frustración sea causada por un evento extraordinario; (iv) que se distinga entre frustración total y parcial; (v) que la resolución se pueda dar a través del envío de un carta notarial resolutoria; y (vi) que solo el acreedor de la obligación sea quien pueda alegar la frustración del fin del contrato.

Palabras clave: Frustración del fin del contrato - Frustración del propósito común - Anteproyecto de Reforma de Código Civil peruano - Derecho Comparado - Pacta sunt servanda - *Rebus sic stantibus*

(*) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 12 de marzo de 2021 y su publicación fue aprobada el 12 de mayo de 2021.

(**) El presente artículo fue escrito bajo la supervisión de Alejandra Quintanilla, licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asimismo, agradecemos a Gilberto Mendoza, Héctor Campos y Jairo Cieza, profesores de Derecho en la PUCP.

(***) El presente artículo está dedicado. Anjana Shanta Meza Lazo: dedicado a mis padres, Doris y Tani; a mis hermanos, Leine (mi otra mitad) y Augustito; a mis abuelitos, Emilia, Celso, Augusto y Jacinta por todo su apoyo y a mi pequeña compañía Ammi, quien siempre me dio alegrías. Alexia Gabriela Taboada Pajuelo: dedicado a mis padres, Úrsula y a Giammpol; a mis hermanos, Cristopher, Estephano y Fabio por su comprensión; a mis abuelos, Liche, Miriam, Hernan e Ingeborg; y a Mike por su compañía.

(****) Estudiante de Derecho en la PUCP. Asistente de cátedra en el curso de Acto Jurídico (Instituciones del Derecho Privado 2) en la misma casa de estudios. Directora ejecutiva de IUS ET VERITAS, exdirectora del portal jurídico IUS 360. Miembro del Círculo de estudios de Derecho y Proceso Civil IUDICIUM PRIVATUM y miembro del Equipo de Derecho Ambiental. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3305-668X. Correo electrónico: anjana.meza@pucp.edu.pe.

(*****) Estudiante de Derecho en la PUCP. Directora del portal jurídico IUS 360, exmiembro de la Asociación Civil Internacia. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9928-2316. Correo electrónico: a20180481@pucp.edu.pe.

Abstract: The figure of the frustration of purpose turns out to be interesting, since it puts in check the principle of the pacta sunt servanda, typical of the civil law that would become our legal family. In Peru, this figure is not currently included in the legislation. However, in 2019, a first regulation proposal was presented in article 1372-A of the Preliminary Draft reform of the Peruvian Civil Code, which would show the importance that this figure would be obtaining in the country. For this reason, in this text, we will carry out an analysis on the frustration of purpose from the comparison of legal systems such as English, North American, German, Argentine and Colombian. Likewise, we will analyze the Peruvian case and evaluate the proposal of the Preliminary Draft reform of the Peruvian Civil Code. Finally, we will present our own regulation proposal that aims not only to reformulate what was presented in the Draft Bill, but also aims to be a user guide for those who wish to apply this figure. In our proposal we propose that (i) its application be given in synalagmatic contracts; (ii) that the purpose is expressed in the contract or is undoubtedly understood based on its ordinary or natural purpose; (iii) that the frustration is caused by an extraordinary event; (iv) that a distinction is made between total and partial frustration; (v) that the resolution can be given by sending a resolution notarial letter; and (vi) that only the creditor of the obligation is the one who can claim the frustration of purpose.

Keywords: Frustration of purpose - Frustration of common purpose - Draft reform of the Peruvian Civil Code - Comparative Law - *Pacta sunt servanda - Rebus sic stantibus*

1. Introducción

Las personas tenemos diversas necesidades a lo largo de nuestras vidas y para satisfacerlas recurrimos a la celebración de contratos. Frente a este panorama, nos encontramos frente a sacrificios patrimoniales que debemos hacer para conseguir ese ‘‘algo’’ que necesitamos y que consideramos más valioso que lo que estamos sacrificando. Es por ello que los contratos tienen gran relevancia en nuestro medio; ya que, en teoría, deben brindar un beneficio mutuo a las partes que lo suscriben.

Sin embargo, ¿qué pasaría si el contrato ya no satisface el fin que perseguimos? Por ejemplo, hace casi un año e incluso antes del inicio de la cuarentena obligatoria, las clases en muchas universidades se suspendieron y ya había avisos de que serían virtuales. En estas circunstancias, conversábamos con un estudiante y nos contó que él acababa de alquilar un nuevo cuarto cerca de su universidad, pero dado que las clases ahora serían virtuales, ya no le era útil contar con dicho cuarto. Nos preguntó qué podía hacer con el contrato que había firmado, ya que el arrendador estaba dispuesto a cobrarle los siguientes meses. Al igual que este caso, aparecieron otros, tanto en el sector de construcción, contrataciones con el Estado y *retail*. El común denominador es que, en todos esos casos, se alegaba la frustración del fin del contrato, pues consideraban que este ya no le era útil para la necesidad que querían satisfacer.

Es así como la figura de la frustración del fin del contrato permite que se puedan evaluar este tipo de situaciones que generan tanta polémica desde el ámbito académico y regulatorio. Esto no quiere decir que los casos, en los cuales el fin del contrato se ha frustrado, sean recientes, sino que la pandemia ha generado un incremento relevante de estos, lo que también ha llevado a que se investigue más a fondo esta figura.

Dicha figura resulta ser controversial puesto que se opone a uno de los principios más antiguos y respetados del derecho del *civil law:* el *pacta sunt servanda*. Este principio también está presente en el ordenamiento peruano. Así, el artículo 1361 del Código Civil peruano señala que “los contratos son obligatorios, en cuanto se haya expresado en ellos”. Empero, en el Perú, el año 2019, se dio una muestra más de flexibilización del mencionado principio cuando se presentó la propuesta de regulación sobre la frustración del fin del contrato en el artículo 1372-A del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Si bien esta iniciativa es digna de reconocer, hay aspectos que se deben corregir y mejorar.

Todo este panorama causa que la investigación y, sobre todo, la regulación de la figura de la frustración del fin del contrato se haga cada vez más necesaria, más aún si consideramos la función económica del contrato. Dicha figura se ha estado utilizando, más aún dentro del contexto de emergencia sanitaria por el que hemos estado atravesando. Sin embargo, han surgido dudas respecto de cómo debe ser su adecuada aplicación y confusiones con otras figuras como la excesiva onerosidad, la imposibilidad del contrato, entre otras; por lo que resulta imprescindible conocer y delimitar bien el marco de aplicación de la frustración del fin del contrato.

Por ende, en el presente artículo, pretendemos abordar la interesante figura de la frustración del fin del contrato. Para ello, empezaremos analizando el tratamiento de esta figura en algunos países tales como Inglaterra, EEUU, Alemania, Argentina y Colombia. Luego, procederemos a analizar, desde un punto de vista crítico, la propuesta que figura en el Anteproyecto de Reforma

del Código Civil peruano. Finalmente, presentaremos nuestra propuesta de reformulación de dicho artículo y expondremos los motivos que nos llevaron a esta. Cabe resaltar que dicha propuesta no se limita solo a variar lo señalado en el Anteproyecto, sino que tenemos como objetivo que esta pueda ya ser un referente para los operadores jurídicos y que próximamente se plantee expresamente en la legislación.

2. Tratamiento de la frustración del fin del contrato en otros ordenamientos jurídicos

2.1. Inglaterra y EEUU: *frustration of purpose*

2.1.1. El contrato en el Common Law

La definición del contrato en el *common law* es aparentemente similar a la visión del contrato en el *civil law*. Para Sancho (2016), "el contrato en el *common law* se suele definir como un pacto (*agreement*) entre dos o más partes que genera obligaciones de carácter vinculante, aunque también se define a menudo como una promesa (*promise*) de la que se derivan obligaciones jurídicas" (s/p). Es decir, ambas partes están de acuerdo con lo que se está pactando; no obstante, una de las principales diferencias radica en que una vez deje de estarlo, la salida de este es mucho más rápido que en el *civil law*. A esto, García (2020) complementa que "el *common law* tiene una perspectiva más liberal frente al cambio de circunstancias" (p. 158). De igual manera, las secciones §261 y §265 del *Restatement (Second) of Contracts* reconocen la *impracticability* y la *frustration of purpose* respectivamente sobre la base de la noción de la *basic assumption* (García, 2020, p. 158). Esto significa que la *frustration of purpose* denota esta característica flexible del contrato en el *common law*, el cual, a diferencia del *civil law*, resulta ser uno más abierto frente a un cambio de circunstancias y que no se limita solo a la imposibilidad de la ejecución del contrato.

Asimismo, es importante aclarar que, si bien el origen de la frustración del fin del contrato se remite al *common law*, este no puede ser considerado igual o equivalente a la *frustration of purpose;* puesto que la base de la diferenciación se encuentra en el concepto de la *consideration* y el fin. Sobre el primer término, Guido Alpa advierte la complejidad de su definición y su relación con la causa. A esto, Clarence Ashley (1913) sostiene que las cortes no son consistentes en su aplicación porque no se opta por su aplicación estricta en todos los casos y porque es confuso en su entendimiento[1] (p. 429). No obstante, por lo que propiamente se entiende como *consideration*, Guido Alpa considera que es mejor insistir en la *consideration* como "reciprocidad" que como causa; asimismo, sostiene que es también una doctrina, un principio y una tendencia; pero que este varía según el contexto (s/f, pp. 95-96). Al respecto, es importante resaltar que, así como la causa, la *consideration* es un elemento esencial dentro del contrato y que sirve como fundamento de este, en tanto que representa la razón de su carácter vinculante.

2.1.2. Origen y naturaleza de la *frustration of purpose*

Como mencionamos anteriormente, la frustración del fin del contrato encuentra su origen en el *common law.* En primer lugar, antes de su entrada a la jurisprudencia, se encontraba el principio de responsabilidad absoluta del contrato; es decir, sin importar las circunstancias, la prestación del contrato debía cumplirse. Al respecto, encontramos inicialmente el caso *Taylor vs. Caldwel,* donde se relativizó, por primera vez, el principio de responsabilidad absoluta consagrado en el *leading case Paradine vs. Jane* (Forno, 2020, p. 123). Este principio hacía referencia al cumplimiento de una obligación determinada en un contrato de manera estricta. El caso *Taylor vs. Caldwel* consistía en que las partes habían acordado el alquiler de un local para que pueda realizarse un concierto; no obstante, un día antes, el local se incendió por una causa no imputable al arrendador. El juez determinó que, dado que se destruyó el objeto de la prestación, entonces el demandado no estaba obligado a cumplir. Este precedente[2], si bien no está relacionado con la frustración del contrato, prepara el ingreso de este último al mundo jurídico, ya que cuestiona por primera vez el principio de responsabilidad absoluta del contrato.

No obstante, la frustración del fin del contrato como tal se consagra en los conocidos *Coronation Cases*. Estos se basan en los desfiles a propósito de la coronación del rey Eduardo VII de Londres a inicios del siglo XX. Algunas personas dieron en locación sus casas o cuartos; ya que podían

(1) "The courts are not consistent in their application of the rule, partly because they are unwilling to enforce it strictly in all cases, and partly because they are often hazy in their understanding and knowledge of the topic". (Ashley, 1913, p. 429).

observar de cerca el desfile del rey desde sus ventanas. Las partes del contrato de locación habían contemplado como razón determinante para contratar que el bien tuviese la característica esencial de permitir asistir al paso del desfile que tantas expectativas y entusiasmo había generado. Tanto es así, que la renta fue fijada en sumas bastante por encima de lo normal. No obstante, el desfile fue suspendido debido a que el rey se enfermó. Esto ocasionó que las personas que habían alquilado las casas o cuartos pidieran la exoneración del pago de locación debido a que ya no les resultaba útil. El resultado fue que se logró la exoneración de estos pagos como sucedió en los casos *Chandler vs Webster* y *Krell vs Henry* en el año 1903.

Es importante recalcar que, la *frustration of purpose*, si bien tiene un origen inglés, es el derecho americano el que lo desarrolló con mayor profundidad a partir de conceptos como la *impracticability*. Asimismo, el distanciamiento que tuvo el derecho americano del derecho inglés se debió a factores como la influencia de otros modelos del *civil law* así como por su propia doctrina y jurisprudencia (Chamie, 2010, p. 96). Otro punto en el cual se distancia del derecho inglés es por la rigidez; ya que, en este último, según Chamie (2010), se toma en cuenta el principio *pacta sunt servanda*, por lo que los jueces tienen que brindar un mayor argumento para cambiar el contrato (p. 98).

Dentro del derecho americano encontramos elementos que acogen las situaciones sobrevenidas. Entre estos se encuentra la *impracticability*, concepto que ayuda a comprender la *frustration of contract* y que presenta vías para poder llegar a esta. Dicha distinción se encuentra comprendido en el *Second Restatement* de 1981.

De esta manera, la *frustration of purpose* es entendida, desde el derecho anglosajón, como la posibilidad de resolver un contrato cuando este ya no sea útil, considerando el fin que se pretendía conseguir. Asimismo, esta frustración debe ser causada por un evento que no sea imputable a las partes y que resulte ser, en términos sencillos, sobrevenido.

2.2. Alemania

Desde Alemania, no existe como tal la figura de la frustración del fin del contrato, debido a que, en el ordenamiento alemán, el fin no es un elemento que se encuentra en el contrato. De hecho, un aspecto similar a ello, sería el *zweck*, producto de la manifestación de la voluntad expresa en el contrato. No obstante, se han brindado aportes que han ayudado a construir esta teoría. Según Barocelli (2020), la cláusula *rebus sic stantibus* es un antecedente dentro de la teoría de la frustración, en tanto fue la primera cláusula que consideraba la alteración de las circunstancias que afectan al contrato (p. 108). Es en ese sentido que, en la segunda mitad del siglo XIX, en Alemania se intentó revivir esta cláusula dentro de un contexto en el que existía el principio *pacta sunt servanda* aporta más bien a la obligación del cumplimiento del contrato.

En ese contexto, se apostaba por una condición resolutoria, alegando al conocimiento que el deudor debía tener respecto a la finalidad que el acreedor persigue (Forno, 2020, p. 119). En otras palabras, la frustración del fin del contrato se regulaba implícitamente, pero a través de una cláusula resolutoria[(3)], en la cual se señalaba cuál era el fin y si este no se cumplía, se resolvía el contrato, pero si no se colocaba esta cláusula, no se podría dar la resolución. Para poder entenderlo, utilizaremos el ejemplo de una persona que alquila un local para fiestas. Según la idea antes mencionada, si en el contrato de alquiler, se establece una cláusula resolutoria que hace referencia al fin (realizar fiestas), el arrendador del local que conoce dicha cláusula estaría asumiendo que en caso no se puedan hacer fiestas por un evento sobrevenido y ajeno a las partes, se procederá a la resolución. No obstante, si no hay esta cláusula resolutoria, el arrendatario estaría obligado a cumplir con el contrato incluso si no puede realizar fiestas a causa de un evento sobrevenido y ajeno a las partes.

Al respecto, Karl Larenz fue uno de los principales críticos a esta concepción y, a la vez, uno de los que más aportó en la construcción de la teoría de la frustración del fin. Al respecto, es importante entender que Larenz comprendía el contrato desde una base objetiva y subjetiva. Este último punto haría referencia a los motivos comunes que lo llevó a contratar; mientras que el primero de ellos se refiere a la cuestión en sí misma del

(2) La figura abordada en el precedente es conocida como la imposibilidad del cumplimiento por caso fortuito (Barocelli, 2020, p. 107). Esta figura sí se encuentra regulada en los ordenamientos del Civil Law como en el artículo 1315 del Código Civil peruano que aborda el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor como causa no imputable a las partes y conlleva a la imposibilidad. No obstante, es importante advertir su diferencia con la frustración del fin del contrato; ya que este último es el tema que pretendemos abordar.

(3) La utilización de cláusulas resolutorias.

contrato, la que relaciona este con la finalidad. En ese sentido, para Larenz, "la finalidad del contrato se remita al ejercicio natural[4] de la prestación que espera el acreedor y que ha llevado a ambas partes a contratar" (Forno, 2020, p. 121). Asimismo, según Larenz (1956), la frustración del fin no puede producirse por causas personales del acreedor, sino que debe remitirse a una causa o fuerza mayor (s./p). Estamos de acuerdo con esta última idea, ya que consideramos relevante que solo un evento extraordinario (y no cualquier evento) sea el que frustre el fin del contrato.

Siguiendo lo señalado por García Long, en el *civil law*, el concepto de frustración del fin del contrato se encuentra en vías de desarrollo en los sistemas tributarios del modelo germánico que se llama *Zweckstörungen*. Este principio se recoge en algunas disposiciones tales como el § 936 del Código Civil austriaco; el § 812.I del BGB alemán; y el § 36 de la Ley Escandinava relativo a Contratos. A través de la reforma del año 2002, se logra la inclusión de la figura en el § 313 BGB (*Störung des Geschäftsgrundlage*), donde los principios sobre los que se sustenta la frustración del fin del contrato resultan similares a los de los casos germanos sobre excesiva onerosidad. Al mismo tiempo, se mantiene la vinculación de la figura de la frustración del fin a la existencia de una cláusula resolutoria.

Para concluir, el *civil law*, debido sobre todo a la influencia germánica, no ha estado totalmente alejada del estudio de la frustración del contrato, dadas las teorías y los aportes sobre el fin o causa como la *Geschäftsgrundlage* que ha permitido que se pueda comprender, aunque sea a nivel macro, el término *frustration*, presentado en el *common law.*

2.3. Argentina

Desde el *civil law*, el Código Civil y Comercial argentino, el cual entró en vigencia el 2015, regula expresamente esta figura de la siguiente manera:

> Artículo 1090: Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

La regulación argentina sobre la frustración del fin del contrato recibió influencia del *common law*, pues implicó que el concepto de contrato varíe y empiece a verse modificado o afectado por eventos extraordinarios. Así, hemos notado una evolución dentro del ordenamiento argentino respecto del principio de la conservación del contrato, tal como se evidencia en figuras previas, por ejemplo, la teoría de la imprevisión (excesiva onerosidad sobreviniente que es adoptada por el derecho italiano), la imposibilidad de cumplimiento y al caso fortuito y fuerza mayor o la suspensión del cumplimiento. Estas figuras fueron flexibilizando el concepto del *pacta sunt servanda*, lo que permitió que ahora pueda estar regulado expresamente la llamada frustración de la finalidad del contrato.

Respecto de los antecedentes de dicho artículo argentino, en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1991, se señaló que este procedía cuando se trataba de un "contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada, la finalidad relevante -razón de ser- y conocida por las partes no puede lograrse -se ve frustrada- por razones sobrevinientes ajenas -externas- a su voluntad y sin que medie culpa" (Gastaldi, 1991, p. 78). De esta manera, se puede observar la implementación de la definición que se utiliza en el *common law*. Asimismo, de este mismo artículo se extrae sus elementos de admisibilidad o procedencia. Primero, se establece que la frustración del fin del contrato se invoca sólo a contratos válidos, dentro de esto, es importante resaltar que es aplicable a contratos bilaterales. Luego, se encuentra el requisito de acaecimiento o acontecimiento anormal y ajeno a la voluntad de las partes y que no sea consecuencia del riesgo que posee todo el negocio jurídico sinalagmático (Barocelli, 2020, p. 112). También, encontramos la aplicación fáctica y desarrollo de la figura de la frustración del fin del contrato, según lo menciona Gastaldi (2015) refiriéndose al fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, sala H, "Carrefour Argentina c/Kids ando Co".

En este caso, se aborda el supuesto en el cual un locatario tenía un emprendimiento en un centro comercial. No obstante, fracasó y le pidieron que desaloje el local, pero él invocó la frustración del fin, alegando que, en la ubicación del predio, se había dado la apertura de otro centro comercial

(4) El ejercicio natural haría referencia a lo que, desde nuestro punto de vista, sería el fin ordinario, el cual será explicado y desarrollado en el presente texto.

cercano, lo que habría generado crisis y disminución del público consumidor. Cabe mencionar que lo alegado no se encontraba dentro del contrato, pero se entendía que la actividad del locatario dependía del funcionamiento de todo el emprendimiento, por lo que al final la Corte determinó la frustración del fin del contrato.

Para concluir, debemos rescatar el trabajo hecho en Argentina, pues, hasta la fecha, es el único país latinoamericano que ha regulado expresamente la figura de la frustración del fin del contrato y ya la ha venido aplicando en casos fácticos. Consideramos que la forma en que regula dicha figura es bastante completa y sirve de guía para los operadores jurídicos.

2.4. Colombia

En el caso colombiano, también está presente la frustración del fin del contrato. Sin embargo, este fin perseguido es utilizado como criterio para determinar la gravedad del incumplimiento. De esa manera, si por causa de este incumplimiento, se ve frustrado el fin, entonces se puede resolver el contrato.

La doctrina colombiana es concordante en este aspecto. Por ejemplo, Velásquez (2010), señala que, para evaluar la gravedad del incumplimiento, se debe tener en cuenta los móviles mencionados expresamente en el contrato o los deducidos de las circunstancias en que ese fue celebrado (pp. 254-255). Para él, dichos criterios se desprenden de los artículos 1909, 1911, 1984 y 1988 del Código Civil colombiano. Para Villamil (2016, p. 51) y Navia (2008, p. 66), el fin del contrato está relacionado con las expectativas del acreedor que se plasman en el contrato o que pueden desprenderse de su propia función económica o de la naturaleza de la prestación. Ellos comparten una similar percepción respecto de la relación causa-efecto entre el incumplimiento de una obligación y la frustración del fin del contrato que llevaría a la resolución del mismo.

Dicho razonamiento también lo encontramos en la jurisprudencia y en laudos arbitrales colombianos. Primero, en la sentencia del Expediente 41001-3103-004-1996-09616-01, donde se abordó un caso de incumplimiento de pago en un contrato de compra-venta, la Corte señaló que el interés de la demandante en el derecho de crédito se había lesionado, debido a que el incumplimiento causó una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, el cual estaba relacionado con la recepción del dinero y el incremento patrimonial que la demandante perseguía con la venta.

Segundo, en la sentencia del Expediente 4636, la Corte aborda el caso de un contrato de promesa de permuta, pero que, por un error de la notaría, no se consignó uno de los inmuebles que el demandado había prometido traditar. Sin embargo, el deudor estaba dispuesto a traditar los 2 inmuebles tal como se había acordado con la parte acreedora previamente y durante la celebración del contrato. Por ende, la Corte señaló que no existía riesgo de incumplimiento, ya que todavía se puede satisfacer el interés o fin perseguido por el acreedor y, por ende, no cabe resolver dicho contrato.

Tercero, en el laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá de fecha 31 de julio de 2003, se terminó con la controversia entre Radiotrónica S.A. vs Teleconsorcio S.A. y otros por un incumplimiento en el contrato de obra de diseño y construcción de infraestructura, red y líneas telefónicas. Cabe resaltar que, en el contrato, existía una cláusula resolutoria en caso de incumplimiento. A pesar de ello, al momento de laudar, se tomó en cuenta también si se había frustrado o no el fin. Así, el laudo señaló que el incumplimiento del contratista fue relevante, ya que el fin de la contraparte era que recuperar su inversión a partir de la obra terminada, sin embargo, esto no se había dado, ya que la obra no había sido acabada.

Cuarto, a través del laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Medellín de fecha 20 de noviembre de 2012, se puso fin a la controversia entre Airplan S.A. vs. Agencia de Viajes Senderos Ltda. respecto de un contrato de arrendamiento, en el cual se habían presentado constantes incumplimientos por parte del arrendatario y ello vulneraba lo que el arrendador esperaba recibir monetariamente del contrato. Por ende, este se resolvió.

Para concluir, en Colombia, no existe una distinción entre incumplimiento y frustración del fin del contrato, sino una relación de causa-efecto. Es decir, para admitir la resolución por incumplimiento, se analiza si se frustró o no el fin del contrato, incluso cuando existe una cláusula resolutoria expresa por incumplimiento (como sucedió en el caso de Radiotrónica S.A. vs Teleconsorcio S.A.), lo cual ha llevado a diversas críticas que se buscan subsanar y que, si el incumplimiento era causal de resolución y previamente estaba establecido en una cláusula resolutoria, esta última prime sobre cualquier otro análisis (como la frustración del fin).

Esto se diferencia de la legislación peruana, donde, el juez, para resolver el contrato por incumplimiento, no lo hace a partir de la conclusión de si se frustró o no el fin del contrato. Además, si se incluye una

cláusula resolutoria, en base del artículo 1430 del Código Civil peruano, se da por resuelto el contrato de pleno derecho. Por consiguiente, en dicho supuesto, no se analiza si se frustró o no el fin, sino solo si se incumplió o no una de las obligaciones expresadas en la cláusula.

Esta diferencia nos lleva a un punto esencialmente relevante. En Colombia, se da la posibilidad de no resolver el contrato si es que no se frustró el fin. Es decir, hay un mayor resguardo del contrato(5), ya que, pese a que se incumplió una obligación, se da la posibilidad de no resolverlo si el fin aún no se ha frustrado. En resumen, el análisis de la frustración del fin del contrato es considerado sólo como un requisito para que proceda la resolución por incumplimiento.

3. El caso peruano: críticas y propuestas

En el ordenamiento peruano, la doctrina sobre la frustración del fin del contrato sigue siendo escasa, aunque, a propósito de la pandemia de COVID-19, la investigación en este tema se ha incrementado. Según Santarelli (2020, p. 115), dicha figura es exótica y tiene que ver con algo más que la prestación en sí, pues, sobre todo, está relacionada con la utilidad que la ejecución de esta prestación aportaría a la otra parte. Esta idea se refuerza con lo que señala Soto (s/f, pp. 217-218), para quien la frustración del fin significa la pérdida del carácter instrumental del contrato al no satisfacer las necesidades de las partes.

En el mismo sentido, Forno (2020) menciona que: “la frustración del fin del contrato se produce cuando una circunstancia no imputable a las partes genera que la prestación ya no es útil para satisfacer la finalidad que estas asignaron al contrato. La prestación todavía puede ser ejecutada por el deudor, pero esta ya no es útil para el acreedor, debido al cambio de circunstancias” (p. 125). Consideramos acertada esta definición y es la que estaremos utilizando como punto de partida para el desarrollo de los siguientes párrafos.

En el Perú, los operadores jurídicos no suelen analizar y mucho menos aplicar la figura de la frustración del fin del contrato. Es más, hasta el propio nombre genera debates, razón por la cual, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil del año 2019, aparece como “propósito común perseguido por las partes” en lugar de “fin” del contrato. No obstante, para efectos prácticos, estaremos utilizando este último nombre.

Tampoco encontramos referencias actuales en la jurisprudencia y, en los laudos arbitrales, este tema sigue siendo nuevo y recién se están gestando laudos al respecto. Tampoco encontramos una referencia expresa en nuestra legislación ni en la interpretación de alguna norma. La propuesta del Anteproyecto de Reforma del Código Civil es, hasta la fecha, la primera y única propuesta normativa que pretende regular la frustración del fin del contrato.

3.1. Análisis del anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano

El artículo 1372-A del Anteproyecto señala lo siguiente:

> 1. Si el propósito común perseguido por las partes del contrato se frustra definitivamente de forma sobrevenida por causa no imputable a aquellas, el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario.
>
> 2. Si la frustración es temporal, el contrato se resolverá de pleno derecho, solo si dicha temporalidad impide el cumplimiento oportuno de una obligación de carácter esencial.
>
> Exposición de motivos. - El Grupo de Trabajo propone incorporar un nuevo artículo que regule expresamente la frustración del propósito común perseguido por las partes, estableciendo consecuencias distintas, en caso la causa se frustre de manera temporal o definitiva.

En primer lugar, el remedio que brinda el artículo es la resolución del contrato. Este remedio no tendría un sentido punitivo, como usualmente se entiende en el *civil law*, dada la influencia del Derecho canónico, sino que buscaría tutelar al acreedor frente a la frustración del fin del contrato por un evento no imputable a las partes.

Concordamos con el remedio que propone el artículo. Entendemos que el razonamiento aplicado es que el fin del contrato, el cual existía cuando nació el mismo, ya no está más, por ende y al ya no haber este elemento esencial del contrato (y de todo acto jurídico en general), procede la resolución.

En segundo lugar, el artículo no señala que el evento debe ser extraordinario, sino solo que no sea imputable a las partes y sobreviniente (término al que le falta claridad). En tercer lugar, no señala quién puede alegar la frustración del fin del contrato y si esta potestad recaería solo en el acreedor o también en el deudor de la obligación. En cuarto lugar, no compartimos lo regulado en el

(5) Al respecto, mencionamos los artículos 1501, 1610 y 1620 del Código Civil y los artículos 902, 903 y 904 del Código de Comercio que buscan la salvación del negocio jurídico.

numeral 2 del mencionado artículo, puesto que consideramos que, ante una frustración temporal del fin, la resolución resulta ser una medida muy gravosa. En quinto lugar, dicho artículo no especifica si el contrato debe ser bilateral o no. Tampoco señala si el fin debe estar estipulado expresamente en el contrato o no. Mucho menos, realiza una diferencia entre frustración parcial y temporal. Por estas razones, considerando estas críticas, presentamos una propuesta de reformulación del artículo, el cual intenta darles soluciones.

3.2. Propuesta de reformulación del artículo 1372-A: Frustración del fin del contrato

Si el fin del contrato se frustra definitivamente, el contrato podrá quedar resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario, si es que se cumplen con los siguientes requisitos:

a) El contrato celebrado debe ser sinalagmático o bilateral.
b) El fin ha de estar expresamente estipulado en el contrato o que se entienda indubitablemente en base al fin ordinario o natural del contrato.
c) La frustración ha de haber sido causada por un evento posterior a la celebración del contrato que no se les impute a las partes y que sea extraordinario.
d) La frustración ha de ser total o parcial para que se resuelva total o parcialmente el contrato, respectivamente. No cabe la resolución por frustración temporal del fin, sino solo la suspensión del contrato.
e) La resolución por frustración del fin del contrato se producirá de pleno derecho cuando el acreedor envíe la carta notarial resolutoria.
f) En ningún caso, el deudor de la obligación podrá alegar la frustración del fin del contrato.

A continuación, mencionaremos los argumentos que nos llevaron a proponer dicha reformulación del artículo.

a) El contrato celebrado debe ser sinalagmático o bilateral

En un contrato sinalagmático, existe un menoscabo patrimonial en ambas partes, ellas sacrifican "algo" porque esperan obtener una contraprestación que sopese dicho sacrificio. Es dentro de esta tensión entre las partes, donde cobra relevancia la frustración del fin del contrato, ya que se evita que la parte acreedora sacrifique ese "algo" si considera que la contraprestación ya no le resulta útil para lograr el fin perseguido.

En el caso de un contrato, donde solo una de las partes tiene la obligación, esta, al ser deudora, es la única que menoscaba su patrimonio. Por ende, no existe una tensión entre las partes, ya que la parte acreedora no está realizando ningún sacrificio. De esa manera, no está presente la lógica que motiva la existencia de la frustración del fin del contrato.

b) El fin ha de estar expresamente estipulado en el contrato o que se entienda indubitablemente en base al fin ordinario o natural del contrato

El fin del contrato es la satisfacción de la necesidad final[6] de las partes que sea jurídicamente relevante. Sin embargo, tal como señala Forno, "no siempre habrá bases objetivas para tomar la satisfacción de la necesidad final como jurídicamente relevante. (…) Definir la necesidad jurídicamente relevante es algo que habrá que hacer caso por caso, en atención a la operación económica y al problema que enfrentan los contratantes" (2020, p. 131).

Teniendo dicho concepto como punto de partida, proponemos que el fin perseguido por las partes esté claramente estipulado en el contrato, cualquiera que este sea, siempre que la contraparte también acepte reconocerlo como fin y sabiendo ello suscriba el contrato. Caso contrario, se estaría tomando en cuenta el fin ordinario o natural del contrato. Por ejemplo, si dentro de un centro comercial, en el patio de comidas, una persona alquila un local, pero no señala expresamente el fin en el contrato de arrendamiento, entendemos que el recurso (el local) se destinará al fin ordinario que sería la venta de comida y atención a los comensales. Esto teniendo como guía a la operación económica que estaría presente en el caso y el contexto: el alquiler de un local en el patio de comidas en un centro comercial.

c) La frustración ha de haber sido causada por un evento posterior a la celebración del contrato que no se les impute a las partes y que sea extraordinario

En primer lugar, este tipo de eventos, al ser justamente extraordinarios, tienen un costo de previsión muy alto. Por ello, no resulta conveniente que las partes los prevean, ya que

(6) Según Forno (2020, p. 131), la necesidad final es la necesidad práctica que quiero satisfacer. La mediata es aquella necesidad que tengo que satisfacer para satisfacer la necesidad final. La necesidad inmediata es la necesidad de explotar el recurso que satisface mi necesidad mediata. Esta necesidad inmediata se compone de dos subnecesidades, que son como dos caras de una misma moneda: que me den acceso al recurso y poder explotarlo.

incrementarían los costos de transacción y el contrato dejaría de resultar atractivo en términos económicos. En ese sentido, el riesgo de que ocurra ese evento no es asumido por ninguna de las partes y por eso se le califica como evento extraordinario. Si es que se hubiera pactado que una las partes asume el riesgo de que ocurra un evento (que un inicio fue considerado como extraordinario), no operaría la frustración del fin del contrato, ya que el riesgo estaría contemplado en el contrato. Es decir, ya no sería extraordinario, dado que se estaría previendo la ocurrencia del evento y señalando quién asume el riesgo.

Un ejemplo de esto ocurrió en un contrato(7) celebrado entre *L Brands*, empresa matriz de *Victoria´s Secret*, e inversiones *Sycamore Partners*, donde la primera previó el evento de la pandemia (el cual es considerado como un evento extraordinario por lo difícil y costoso de prever) y dispuso que el riesgo de que este evento suceda sea asumido por *Sycamore Parteners*. De esa manera, al momento de la suscripción del contrato, la pandemia dejó de ser considerada como un evento extraordinario para las partes.

En segundo lugar, la frustración del fin del contrato debe ocurrir entre la celebración del contrato y su ejecución, o durante esta última si se trata de contratos de ejecución diferida. Durante ese periodo de tiempo, es donde se produce el evento extraordinario el cual causa que, si bien el deudor aún puede cumplir con su obligación, está ya no le resulte útil a la acreedora para lograr el fin perseguido.

d) La frustración ha de ser total o parcial para que se resuelva total o parcialmente el contrato, respectivamente. No cabe la resolución por frustración temporal del fin, sino solo la suspensión del contrato

Para comenzar, se producirá una frustración total cuando ninguna obligación que se desprenda del contrato satisfaga el fin perseguido. Respecto de este primer punto, no existen mayores problemas. Sin embargo, resulta importante diferenciar entre la frustración parcial y la temporal, ya que, desde nuestro punto de vista, deberían tener consecuencias jurídicas distintas.

Primero, se producirá la frustración parcial cuando las prestaciones puedan individualizarse o cuando la prestación ejecutada parcialmente satisfaga el fin o también llamado necesidad final del acreedor. Por ejemplo, el caso de una compañía de catering que estaba contratada para una celebración de cumpleaños y cuyas obligaciones conjuntivas eran traer bocaditos para 1,000 personas y una torta únicamente para el cumpleañero a cambio de S/ 500 y S/ 200 respectivamente. Dada las restricciones sanitarias, no es posible llevar a cabo una celebración masiva, por lo que los bocaditos ya no serían de utilidad para la celebración, no obstante, la torta únicamente para el cumpleañero satisface el fin perseguido que es celebrar el cumpleaños. En ese supuesto, se resolvería parcialmente el contrato (la parte referida a los bocaditos), pero se mantiene lo concerniente a la torta.

Segundo, respecto de la frustración temporal del fin, supongamos que una persona, antes de las restricciones a causa de la pandemia, alquiló un local de cine con el fin de utilizarlo para proyectar películas y atender a los usuarios. Sin embargo, dada las restricciones por la pandemia, los que se dedican al rubro de cines no pueden trabajar. La persona, a pesar de que tiene el recurso disponible, no puede utilizarlo para satisfacer el fin que persigue. Por ende, se habría frustrado temporalmente el fin, mientras duren las restricciones. En este supuesto, consideramos que la mejor opción es que el contrato se suspenda, pero no se resuelva. Esto también para evitar que la figura de la frustración del fin del contrato se convierta en la regla, cuando, en realidad, debe ser la excepción.

Por esta razón, no estamos de acuerdo con lo propuesto en el numeral 2 del artículo 1372-A del Anteproyecto.

(7) El 20 de febrero de 2020, se firmó un contrato de compra de acciones de *Victoria´s Secret* por $525 millones. Los abogados de *L Brands* en Davis Polk & Wardwell, conociendo y adquiriendo información de la posible ocurrencia de una pandemia, señalaron, en el contrato de adquisición, que *Sycamore* estaría obligado legamente a cumplir con el acuerdo de venta incluso si ocurriese una pandemia. Es decir, los abogados de *L Brands* previeron un evento que, en ese momento, parecía ser muy remoto y señalaron que quien iba a asumir el riesgo de la pandemia y las consecuencias en la baja de acciones que podría causar sería *Sycamore Partners*. Esta última empresa no cuestionó lo señalado por la contraparte por lo que aceptó el riesgo sin saber que un evento extraordinario como la pandemia de COVID-19 iba a ocurrir e iba a paralizar el trabajo de varias empresas y que, consecuentemente, llevaría a la baja del costo de acciones, tal como sucedió con *Victoria´s Secret*, la cual, desde el año pasado ha cerrado varias tiendas en todo el mundo. Los abogados de *Sycamore* no cuestionaron el hecho de que ellos fueran quienes asumieran el riesgo de que ocurriera una pandemia y se firmó el contrato.

e) La resolución por frustración del fin del contrato se producirá de pleno derecho cuando el acreedor envíe la carta notarial resolutoria

A través de esta propuesta, se pretende agilizar la resolución a través del envío de una carta notarial resolutoria. Esta medida ya se viene utilizando frecuentemente entre los privados cuando se refiere a la inclusión de cláusulas de resolución, ya que resulta más sencillo de aplicar frente a la disposición del artículo 1430 que señala que "(…) la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

Por ende, para facilitar la resolución por frustración del fin del contrato, consideramos conveniente el envío de la carta resolutoria, en la cual el acreedor señale que se resuelve el contrato porque se frustró el fin estipulado expresamente en el contrato. Esta carta será efectiva, no desde su entrega, sino desde su emisión. En el supuesto en que este fin no esté estipulado claramente en el contrato, se enviará la carta, donde se alegue la frustración del fin ordinario, solo que, en este supuesto, se iniciará una demanda y el juez o árbitro sería el encargo de evaluar.

f) En ningún caso, el deudor de la obligación podrá alegar la frustración del fin del contrato

Sostenemos que solo el acreedor, mas no el deudor, debe ser quien alegue la frustración del fin del contrato, siguiendo la lógica de esta figura. Respecto de este punto, encontramos doctrina como la de Espert (1968, p. 256), quien señala que también el deudor puede alegar la frustración del fin. Sin embargo, nos oponemos a esta idea, ya que, solo teniendo como punto de partida al acreedor, se podrá determinar si es útil o no la prestación y si se frustró o no el fin. En el mismo sentido, no se justifica que el deudor pueda suspender la ejecución del contrato cuando "sospeche" o "piense" que se frustró el fin, es decir, basándose en una suposición propia.

Habiendo concluido con nuestra exposición de motivos, consideramos que esta propuesta de reformulación del artículo puede ser una guía para las partes, los jueces y los árbitros que se vean involucrados en casos de frustración del fin del contrato. A través de esta guía, se pretende lograr predictibilidad y, por consiguiente, hacer frente a las críticas en contra de la frustración del fin del contrato, sobre todo, de quienes defienden el *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica. Con esta propuesta, se pretende guiar la utilización de la interesante figura de la frustración del fin del contrato, pero no convertirla en la regla, sino que sea la excepción.

3.3. ¿Cómo se ha utilizado esta figura en el Perú?

No existe jurisprudencia que nos pueda servir de análisis y, en cuanto a los casos arbitrales, estos todavía no tienen un laudo. Sin embargo, tomaremos como punto de partida un laudo arbitral de hace algunos años, en el que se intentó abordar la figura de la frustración del fin del contrato. En los hechos del caso, al consorcio Automotores Gildermeister Perú S.A. se le había adjudicado la buena pro para que dentro del plazo de los tres días de suscrito el contrato entregue al Ministerio del Interior los vehículos patrulleros para la Dirección de Logística de la Policía Nacional del Perú. Sin embargo, luego, esta licitación fue materia de discusión y ambas partes acordaron la resolución del contrato por mutuo disenso. No obstante, más adelante, el Ministerio declaró la nulidad de oficio del contrato. Dentro de sus pretensiones principales, el consorcio solicita al Tribunal que declare la terminación del contrato por imposibilidad sobreviniente en su ejecución al resultar evidente la frustración del fin del contrato.

En este caso, quien está alegando la frustración del fin del contrato es la deudora de la obligación de dar patrulleros, quien asume esta frustración. Asimismo, el consorcio considera como una sola figura a la imposibilidad sobreviniente y a la frustración del fin.

A partir de este caso, encontramos algunos puntos que merecen ser subsanados. Primero, el consorcio, en su calidad de deudor, pretende alegar la frustración del fin (el consorcio "asume" esta frustración), cuando, en realidad y según lo mencionado en el caso arbitral, se mantendría, pues la entidad aún desea adquirir los patrulleros para la PNP. Aquí, claramente se evidencia un problema que acarrea el hecho de que el deudor alegue la frustración del fin del contrato, por lo que consideramos que esta potestad recaiga solo en el acreedor.

De igual manera, el consorcio asume que la frustración del fin del contrato conlleva a la imposibilidad de cumplir con la obligación, cuando en realidad no es así. Siguiendo la idea de Forno (2020, p. 120), en la frustración del fin, la prestación aún se puede cumplir, pero ya no es útil para el acreedor. Esto se diferencia de la imposibilidad sobreviniente, donde la prestación ya no se puede cumplir. Ambas son figuras distintas y la imposibilidad se encuentra ya regulada en nuestro Código Civil, a diferencia de la frustración del fin del contrato.

El tribunal que emitió el laudo recalca el último punto que criticamos, pero no se pronuncia sobre quién es el que está alegando la frustración del fin del contrato. A partir de este caso, evidenciamos que existe una confusión respecto de la utilización de esta figura con otras que actualmente sí se encuentran reguladas (como el incumplimiento). Por consiguiente, consideramos necesaria la existencia de una regulación que sirva como guía para la aplicación de esta figuras.

4. Conclusiones

Desde el *common law,* el origen de la frustración del contrato se remite al derecho inglés a partir de los *coronation cases*. No obstante, el desarrollo y profundización de esta figura se ha dado en el derecho americano, a través de la jurisprudencia y la doctrina, en la determinación de conceptos como la *impracticability.* No obstante, si bien el derecho anglosajón en sí es más flexible frente a la alteración de las circunstancias, es importante tomar en cuenta que ambos derechos no abordan esta figura de la misma manera. El derecho inglés, a pesar de haber propuesto este remedio en los *coronation cases*, se caracteriza por ser más rígido que el derecho americano, ya que el primero tiene una mayor influencia del principio de *pacta sunt servanda,* por lo que los jueces presentan dificultades (pero no impedimentos) para modificar los contratos; mientras que en el derecho americano, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado su propia línea que hace que la modificación y resolución de los contratos sean más fáciles, sobre todo si el fin se ha frustrado a causa de un evento extraordinario.

En los países europeos del *civil law,* no hemos encontrado mucho desarrollo de la figura de la frustración del fin del contrato, sino la regulación de otras figuras conocidas como la excesiva onerosidad, la imposibilidad de incumplimiento y el caso fortuito, Sin embargo, para efectos de este trabajo de investigación, consideramos interesante analizar el caso alemán. En este país, el fin o causa del contrato no es un elemento esencial del mismo, sin embargo, ha sido uno de los países que mayor ha contribuido al estudio de la frustración del fin del contrato, especialmente, desde las bases objetivas y subjetivas del contrato, señaladas por Larenz.

Asimismo, en países cercanos, como Argentina, no solo se ha optado por establecer una definición de la frustración de la finalidad del contrato, sino que han optado por establecer requisitos de admisibilidad para poder invocar este remedio, los cuales se remiten a que para debe recaer sobre un contrato válido y bilateral, por acontecimientos o *acaecimiento inimputable* a las partes que frustre el interés que llevó a las partes a contratar y que no sea consecuencia del riesgo que posee todo negocio jurídico sinalagmático.

En el caso colombiano, pudimos evidenciar que la figura no está claramente identificada y solo es tomada en cuenta con un requisito para admitir la resolución por incumplimiento. Es decir, si el incumplimiento frustró el fin, entonces se resuelve el contrato, pero si no fue así, no procede la resolución.

Respecto de la propuesta señalada en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, esta marca un hito histórico al ser la primera propuesta peruana que regula esta figura. Si bien este trabajo resulta loable, aún tiene errores y deja de lado aspectos que deben ser tomados en cuenta y que plantemos en nuestra propuesta, tales como (i) la aplicación de esta figura en contratos sinalagmáticos; (ii) que el fin se exprese en el contrato o se entienda indubitablemente en base a su fin ordinario o natural; (iii) que la frustración sea causada por un evento extraordinario; (iv) que se distinga entre frustración total y parcial; (v) que la resolución se pueda dar a través del envío de un carta notarial resolutoria; y (vi) que solo el acreedor de la obligación sea quien pueda alegar la frustración del fin. Planteamos esta propuesta no solo con el objetivo de reformular lo señalado en el artículo 1372-A del Anteproyecto, sino con la intención de contribuir a una correcta aplicación de la figura y, al mismo tiempo, incentivar al debate.

Asimismo, actualmente, en Perú, no existe jurisprudencia o laudos que puedan apoyarnos en la reflexión sobre cómo se ha utilizado esta figura. En el caso arbitral que presentamos, evidenciamos aspectos que merecen ser subsanados y, sobre todo, aclarados para que la utilización de la figura sea correcta. De esa forma, se busca que la figura, realmente, sirva para lograr el objetivo con el que fue creado que sería evitar que el acreedor quede obligado a un contrato, donde él vio ya frustrado su fin a causa de un evento extraordinario y donde la ejecución de la prestación por parte del deudor, ya no le resulta útil y tampoco compensa el sacrificio patrimonial que supondría la contraprestación.

Para concluir, esperamos que más adelante y considerando los futuros laudos sobre la frustración del fin del contrato, se

pueda plantear una mejor propuesta de regulación y de análisis de la figura, esta vez partiendo de casos fácticos, donde la pandemia de COVID-19 es calificada como el evento extraordinario que frustró el fin de varios contratos. Al final de cuentas, debemos tener presente que el derecho debe estar al servicio de la sociedad y no limitar a las partes u obligarlas a continuar con un contrato, cuyo fin se frustró y ya no les resulta útil para satisfacer sus necesidades. Esperamos que este texto haya podido contribuir al entendimiento y a la aplicación de una figura jurídica interesante como es la frustración del fin del contrato.

Referencias bibliográficas

Alpa, G. (2013). Il Contratto in generale. Principi e problemi. Milano: Dott. A Giuffre - Editore.

Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, 26*(5), 429-436. https://doi:10.2307/1326089

Barocelli, S. (2020). La frustración del fin del contrato en el Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 18*(1), 103-116. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-1/Revista-juridica-ano-18-N1-07.pdf

Cámara de Comercio de Bogotá. (2003, 31 de julio). Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Héctor J. Romero Díaz, Manuel Pretelt de la Vega y Camila de la Torre Blanche.

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. (2012, 20 de noviembre). Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Francisco Javier Gil Gómez, Daniel Alberto Gómez Silva y Octavio Lopera Vargas.

Chamie, J. F. (2010). Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense. *Revista de Derecho Privado*, *18*, 95-122.

Corte Suprema de Justicia. (1997, 7 de marzo). Sala de Casación Civil. Expediente No. 4636 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 41001-3103-004-1996- 09616-01 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez: diciembre 18 de 2009)

Espert, V. (1968). *La frustración del fin del contrato.* Tecnos.

Forno, H. (2020). Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato. *Derecho de los desastres*. Fondo Editorial PUCP. https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2020/09/Tomo-I-Per%C3%BA.pdf

García, S. (2020). Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias. Derecho de los desastres. Fondo Editorial PUCP. https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2020/09/Tomo-I-Per%C3%BA.pdf

Gastaldi, J. M. (2015). Contratos. (Parte General). http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/gastaldi.pdf

Larenz, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos.* Editorial Revista de Derecho Privado.

Sanchez, S. (2009). Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/7501/FRUSTRACION%20DEL%20CONTRATO.pdf?sequence=1

Santarelli, F. (2020). La pandemia como elemento de la frustración del fin del contrato. *IUS ET PRAXIS, 50-21*, 113-119.. https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5050

Soto, C. (s/f). El pacta sunt servanda y la revisión del contrato. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:emKIg6vxk68J:https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/download/8969/11019+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe&client=safari

Abstract: This article proposes a different view of the events that occurred on November 9, 2020, and later in Peru: the presidential vacancy of Martín Vizcarra because of the cause of moral incapacity and Manuel Merino's assumption of the government. The view to analyzing the events is the hypothesis that Peru has rated Abusive Constitutionalism by the Congress of the Republic, a hypothesis that is sought to prove throughout the article. First, the research details and explains the initial conceptions of Abusive Constitutionalism and how the doctrine has been delimiting the concept. Second, new forms of manifestation are proposed that abusive Constitutionalism may have beyond its initial definition so that it can include other situations in which democracy is being undermined through seemingly constitutional mechanisms. Third, a critical study is carried out on the Peruvian system and the constitutional institutions it has adopted in its organization, which allows identifying the weaknesses of its political structure and how Abusive Constitutionalism can manifest itself. Fourthly, the figure of the vacancy for moral incapacity is analyzed and what its possible delimitations might be. Finally, the final analysis is carried out to the events that occurred on November 9, 2020, and the presence of Abusive Constitutionalism in the decision of the Congress.

Key words: Constitutional Law - Abusive Constitutionalism - Vacancy - Latin American Presidentialism - Moral incapacity - Peru - Martín Vizcarra - November 9, 2020

1. Ideas preliminares

Hemos observado a lo largo de la historia distintas formas de gobierno, pasando por monarquías, autocracias, dictaduras civiles, dictaduras militares, democracias modernas, democracias liberales, entre otros, hasta poder llegar a lo que, el día de hoy, es el Estado Constitucional de Derecho. Casi todos los países han optado por ser democráticos con una Constitución como carta fundamental y de mayor jerarquía, la cual contiene, por un lado, los principios básicos del sistema político y los deberes y derechos de la ciudadanía (parte dogmática); y, por otro lado, los mecanismos o lineamientos para delimitar la estructura constitucional y determinar la organización de los Poderes del Estado(1) en cuestión (parte orgánica).

La democracia constitucional contemporánea es, pues, una de las formas de gobierno ideal y que tiene por objetivo alcanzar a la mayoría de países. Los ataques a la democracia a través de golpes de Estado o utilización militar, sin elecciones de autoridades (o pasando por encima de ellas), tiene una mirada de desaprobación por los demás países y de sanción por parte de las cortes internacionales. Tiene, por el contrario, una perspectiva optimista el hecho de que las constituciones recojan y tutelen cada vez más derechos constitucionales, y que se siga un sistema electoral democrático.

No obstante, si bien ahora tenemos Estados democráticos más fuertes, con mecanismos constitucionales más sólidos y cuyas elecciones son regulares y competitivas a como antes lo era, ha sido inevitable que las dictaduras latinoamericanas de la segunda mitad del siglo XX influenciaran en la creación del diseño de los textos constitucionales que hoy en día tenemos (Gargarella, 2013, p. 148). Eso quiere decir que existe, lamentablemente, un fuerte impacto de las dictaduras anteriores en este constitucionalismo contemporáneo. Uno de los ejemplos es Brasil, país el cual reformó la Constitución de 1946 por la Constitución Democrática de 1988; no obstante, si bien pudo modificar la organización de los derechos fundamentales, no alteró sustancialmente la organización de poderes que ya había dejado puesta la dictadura militar por la que pasaron en 1967 (Gargarella, 2013, p. 150).

Al conocer que nos encontramos ante el "fenómeno de la dependencia institucional con el pasado dictatorial" (Queiroz & Robl, 2019, p. 82)(2), surge la necesidad de cuestionar y analizar si realmente estamos ante este nuevo constitucionalismo democrático o si, por desgracia, tenemos un cuerpo normativo constitucional que amenaza con reproducir conductas antidemocráticas de las dictaduras pasadas, o peor aún, que ya las ha o está repercutiendo.

2. Concepciones iniciales sobre el Constitucionalismo abusivo

Hoy en día, podemos observar un fenómeno que ocurre en Estados cuyas formas de gobiernos son aparentemente democráticas

(1) Si bien existe discusión en la doctrina sobre el significado del término "Poderes del Estado", se ha recurrido de forma técnica a este término para referir, a lo largo del texto, al Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y, en su defecto, al Poder Judicial. Asimismo, se hace empleo del término "organismos" con la misma finalidad.

(2) Traducción propia del portugués al español.

y constitucionales. Aquellos Estados de Derecho terminan utilizando mecanismos o instrumentos constitucionales permitidos para debilitar la democracia y el control político, apareciendo así nuevas formas de dictadura en el siglo XXI. A este fenómeno se le denomina Constitucionalismo abusivo, figura nombrada y estudiada por David Landau, quien lo define de la siguiente manera: "el Constitucionalismo abusivo implica el uso de los mecanismos de cambio constitucional (enmiendas constitucionales y la reforma a una nueva constitución) para socavar la democracia" (2013, p. 191)[3].

Las enmiendas constitucionales son mecanismos permitidos, pero que la mayoría de las veces han sido utilizados para fines personales e inconstitucionales:

> (…) frecuentemente se aprueban enmiendas que siguen procedimientos democráticos formales para la enmienda constitucional, pero que están encaminadas a lograr objetivos constitucionales antidemocráticos o 'abusivos', por ejemplo, para ayudar a presidentes poderosos a que extiendan su mandato, para quitar controles parlamentarios (…) y para constreñir o suspender protecciones básicas de derechos humanos (Dixon & Landau, 2015, p. 191).

Es así como, a pesar de que se sigue y respeta las vías constitucionales para realizar una enmienda a la constitución, este mecanismo termina deviniendo en la aparición de gobiernos "semiautoritarios" o "semiautorizados" que permiten que una sola persona concentre y se mantenga en el poder.

Las enmiendas a la constitución, o el cambio total por una nueva, son riesgosas debido a que la persona en el poder, es decir, el presidente, tiende a utilizar este mecanismo para permanecer en el mandato (aprobando la reelección de su cargo, por ejemplo), y así restarle facultades a los demás Poderes del Estado, para aumentar sus facultades, para debilitar los órganos de control autónomos o, incluso, para aplazar, evitar o dirigir los procesos electorales. Scheppele utiliza el término "democraturas" para este tipo de gobiernos, en donde los líderes populares llegan al poder a través de las elecciones, pero utilizan los institutos constitucionales para quebrantar el balance de poderes y callar a los grupos de oposición, a través del uso de los medios de comunicación (2016, pp. 4-7).

Deseo rescatar lo analizado por Dixon, autora que sostiene que, para encubrir estas enmiendas inconstitucionales, se ofrece a la ciudadanía nuevos derechos constitucionales a cambio, de tal manera que se utilizan estos derechos como un incentivo o "soborno" que permite que la sociedad apoye el proceso de enmienda junto con el proceso que va a la par de este: la reforma constitucional antidemocrática (2018, p. 240). Normalmente las reformas de derechos van de la mano con cambios en la configuración de la constitución y la organización de los organismos constitucionalmente autónomos.

De esta manera, el Constitucionalismo abusivo viene a ser esta creación de nuevas formas de gobierno, nuevas dictaduras o autoritarismos "solapados", a la luz de la democracia contemporánea. Es la utilización de los mecanismos de reforma constitucional para fines inconstitucionales, buscando que una persona o grupo político permanezca en el poder de forma aparentemente constitucional. Estas "dictaduras democráticas" llegan al poder y permanecen en él sin golpes de Estado; por lo que, al no ser notoria, muchas veces no nos hemos dado cuenta de que nos encontramos viviendo un Constitucionalismo abusivo.

Uno de los ejemplos más notorios en América Latina es el caso de Hugo Chávez – Venezuela. Este país llevaba muchas décadas sosteniendo una democracia fuerte; no obstante, en 1998, Chávez fue elegido por voto popular, ganando las elecciones con el 56% de los votos. Una vez en el poder, y sabiendo que el Congreso estaba conformado en su mayoría por miembros de su oposición, Chávez decidió neutralizarlo a través de una nueva constitución. Como la Constitución de ese momento solo preveía una enmienda por parte del Congreso, entonces Chávez aludió que el poder constituyente era del pueblo, por lo que realizó un referéndum para las elecciones de una Asamblea Constituyente.

Aceptado el cambio de constitución, y debido a que el texto constitucional de ese momento no mencionaba nada sobre cómo debía darse la Asamblea Constituyente, Chávez determinó todas las reglas del proceso, eligiendo a los miembros que la conformarían. El elegir a los miembros que conformaron esta Asamblea, como era evidente, le resultó notoriamente favorable: la Asamblea propuso el cierre de varias instituciones, suspendió el Congreso, creo un Consejo que fiscalizaría al Poder Judicial, eliminó las figuras de algunos funcionarios públicos e, incluso, cerró la Corte Suprema. Si bien la Corte Suprema apeló estas

(3) Traducción propia del inglés al español.

decisiones, no fue tomada en consideración debido a que "el pueblo era el que tenía el poder".

La nueva Constitución eliminó el periodo de cuatro años que duraba el mandato presidencial, y lo reemplazó por dos términos de seis años de duración cada uno. Es así como Chávez permaneció más de doce años en el poder, y pasó a ser uno de los presidentes más fuertes de América Latina. No solo realizó el cambio de constitución, sino que, durante el periodo que estuvo en el poder, realizó enmiendas constitucionales para aumentar su capacidad de control por sobre las demás instituciones(4). Este es uno de los ejemplos más claros de Constitucionalismo abusivo tal y como lo plantea David Landau, que en los casos más extremos puede terminar, como hemos visto, convirtiendo una fuerte democracia en una dictadura de mediados del siglo XX, y darnos cuenta solo cuando ya llegamos a ese punto.

3. Redefiniendo el concepto de Constitucionalismo abusivo

En el apartado anterior he descrito las primeras concepciones sobre el Constitucionalismo abusivo que fueron dadas por David Landau y las cuales son utilizadas por la mayoría de la doctrina hoy en día. Sin perjuicio de ello, es necesario replantear y extrapolar los supuestos de Constitucionalismo abusivo hacia otras formas por las cuáles también se utilizan mecanismos o instrumentos constitucionales para fines inconstitucionales. Sostengo que se puede considerar como Constitucionalismo abusivo a la utilización de normas o vías constitucionales que tienen por finalidad debilitar los cimientos de la democracia, sin necesidad de recurrir únicamente a las enmiendas constitucionales o al cambio de constitución.

Como podemos notar, el concepto de democracia es clave aquí para determinar cuándo estamos frente a un Constitucionalismo abusivo y cuándo no. Si bien dicho concepto aún genera debate en la doctrina acerca de todo lo que puede implicar, podemos afirmar que lo que asegura una democracia es el "control sobre el ejercicio del poder político, [la] separación de poderes y [la] garantía de las diversas dimensiones de los derechos fundamentales" (Queiroz & Robl, 2019, p. 85)(5), es decir, no se garantiza una democracia únicamente con la existencia de elecciones periódicas o con el hecho de que un Estado tenga los tres poderes, sino con una correcta configuración de las instituciones que refuercen la voluntad del pueblo y cuyas autoridades se encuentren bajo un mecanismo de rendición de cuentas que permita el control político. De esta manera, podemos concluir que existen diferentes formas de socavar la democracia sin utilizar enmiendas constitucionales, como planteó en un principio Landau.

Cabe hacer énfasis en el hecho de que, si bien tiene ventajas el poder extender los supuestos del Constitucionalismo abusivo, también traería dificultades el extrapolarlo demasiado, de tal manera que generaría un entorpecimiento teórico. No toda violación a la constitución o deficiencia de un gobierno democrático en donde algún mecanismo constitucional tuvo cierta participación se configura automáticamente en Constitucionalismo abusivo. El hecho de utilizar esta terminología para calificar a toda democracia débil genera una confusión que impide que se le dé el remedio correcto al fenómeno que lo necesita, de tal manera de que podríamos estar tratando una enmienda constitucional incorrecta como Constitucionalismo abusivo, cuando realmente están en juego otras implicancias políticas e históricas del Estado en cuestión (González, 2017, p. 448)(6).

Para que estemos frente un Constitucionalismo abusivo, entonces, debe existir un ataque a los cimientos de la democracia, distorsionándola o socavándola, a través de la limitación o abolición de los elementos antes mencionados que la aseguran: (i) control del poder político; (ii) quebrantamiento de la división de poderes; y (iii) debilitamiento de las garantías de derechos fundamentales. Es necesario, de esta manera, "reconocer la diferencia entre, por un lado, una simple violación de la Constitución o de simple inconstitucionalidad y, por otro, una ocasión en la que estas inconstitucionalidades son dañinas para la democracia constitucional de una manera más estructural y peligrosa para mantener las propias bases democráticas" (Queiroz & Robl, 2019, p. 87)(7) [énfasis agregado].

(4) Si desea conocer con mayor profundidad el análisis de los hechos ocurridos en Venezuela, puede leer a Landau (2013), pp. 203-207.
(5) Traducción propia del portugués al español.
(6) Traducción propia del inglés al español.
(7) Traducción propia del portugués al español.

Por esta razón, con todo lo argumentado anteriormente, estoy de acuerdo con la redefinición del Constitucionalismo abusivo (tomando en cuenta los límites de una desproporcionada extrapolación), a través de la existencia de dos tipos o expresiones en las que este se manifiesta.

3.1. Constitucionalismo abusivo estructural

Esta primera manifestación de Constitucionalismo abusivo es la que se planteó desde un inicio por David Landau, y la más conocida en la actualidad. Es aquella que ataca a la democracia (utilizando los mecanismos constitucionales "legales") directamente hacia la estructura organizacional del Estado, es decir, cambiando las normas constitucionales, a través de las enmiendas o de frente con la creación de un nuevo texto constitucional. Martins (2019) menciona que el Constitucionalismo abusivo tiene las siguientes características:

> En primer lugar, implica el uso de métodos constitucionalmente permisibles para modificar una constitución; en segundo lugar, implica la adopción de enmiendas a la constitución existente; en tercer lugar, tomadas individualmente, las enmiendas pueden no ser incompatibles con el constitucionalismo normativo, pero finalmente, considerando conjuntamente, las enmiendas se vuelven constitucionales (p. 36)[8].

Como se ha mencionado antes, estos ataques a la democracia son difíciles de percibir a primera vista, tal y como lo describe la "parábola del sapo escaldado"[9], la cual menciona que, si uno intenta colocar a un sapo dentro de una olla con agua hirviendo, observará como hará todo lo posible para evitar entrar y salir de ahí; sin embargo, si lo coloca en una olla con agua fría, él no reaccionará, por más de que el agua gradualmente se esté calentando hasta que se hierva. El sapo no sentirá el cambio, pero morirá de todas maneras. Utilizando esta parábola para explicar este fenómeno, "las mismas personas que reaccionarían contra la toma manera autoritaria y antidemocrática, puede no reaccionar a los cambios en el que llegan al mismo resultado: la destrucción de la democracia" (Martins, 2019, p. 37)[10].

Este tipo de Constitucionalismo abusivo lo hemos podido ver muchas veces en distintos países de Latinoamérica. Tenemos a Venezuela, antes mencionado, con la creación de un nuevo texto constitucional y enmiendas a este para permitir la reelección, o a Brasil, que hace poco reemplazó su Constitución por una nueva. En Colombia, se permitió la reelección de Álvaro Uribe gracias a las reformas constitucionales que se dieron[11]. En Bolivia, de igual manera, la Corte Constitucional boliviana aceptó la solicitud impuesta por el partido del expresidente Evo Morales (Movimiento por el Socialismo) para suspender artículos de la Constitución que impedían la reelección inmediata. Asimismo, recientemente, en 2017, el presidente Nicolás Maduro, luego de haber perdido la mayoría en el parlamento a su favor, convocó a Asamblea Constituyente para crear una nueva constitución.

Incluso, si bien esto no ha sido estudiado desde el punto de vista de este fenómeno como tal, podríamos analizar y cuestionar que el Perú, en el gobierno de Alberto Fujimori, pudo haber vivido un Constitucionalismo abusivo estructural, a través de la creación de una nueva Constitución que le permitía mantenerse en el poder y que persiguió fines personales y antidemocráticos, así como la utilización de su posición para disolver el Congreso al no tener una mayoría parlamentaria a su favor.

Con los ejemplos anteriormente explicados, se concluye que el Constitucionalismo abusivo estructural se lleva a cabo en aquellas democracias cuyos sistemas de gobiernos son presidencialistas o "hiperpresidencialistas", es decir, en aquellos sistemas de gobierno en donde el Jefe de Estado tiene muchísimas facultades y muy poco control por parte del parlamento. En el presidencialismo, como sabemos, existe una separación notoria entre el parlamento y el gobierno, siendo ambos elegidos por voto popular, y recogiendo las figuras de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno en una sola persona: el presidente (Nohlen, 2011, p. 88).

A la figura presidencial se le otorga varias facultades y protecciones con respecto al parlamento, lo que normalmente genera tensión en situaciones de crisis. Asimismo, existen Estados que han llegado a tener un "hiperpresidencialismo", en el cual el presidente termina teniendo la potestad de controlar instituciones que, en principio, deberían ser autónomas, tiene injerencia en las elecciones y cambios de mandato,

(8) Traducción propia del portugués al español.
(9) Parábola de Peter M. Senge (2010), en su Best Seller "A Quinta Disciplina: Arte e Prática da Organização que Aprende".
(10) Traducción propia del portugués al español.
(11) Inclusive, a modo de detallar la realidad colombiana en particular, la Corte Constitucional Colombiana tuvo que impedir una segunda reelección de Álvaro Uribe, recurriendo a otra reforma constitucional a someterse a referéndum, lo que le permitió desautorizarlo para un tercer gobierno.

concentra en él competencias que le pertenecen a otros organismos, entre otros.

Son por estas razones que se afirma que el presidencialismo es una amenaza constante a la democracia de los países; puesto que permite con facilidad que se dé un Constitucionalismo abusivo estructural, y "se ha sostenido, incluso, que el derrumbe de las democracias en los años de 1960 y 1970 tuvo su principal causa en el presidencialismo" (Nohlen, 2011, p. 89). Esto genera nuevamente una discusión que lleva muchos años ya, sobre lo peligroso que puede resultar el presidencialismo, y que, por el contrario, el parlamentarismo sería la opción que ofrece una mejor expectativa para preservar la democracia (Linz, 1991, p. 52).

En conclusión, con todo el análisis realizado, se sostiene que es mucho más frecuente que el Constitucionalismo abusivo se desarrolle en aquellos sistemas de gobiernos presidenciales, como lo ha venido haciendo, cuyos Jefes de Estado utilizan su poder para mantenerse en el mandato; por lo que, una de las posibles soluciones que funcionaría como antídoto para combatir este fenómeno y preservar la democracia, sería la implementación de un sistema de gobierno parlamentario en todos los Estados (Linz, 1991, p. 52).

3.2. Constitucionalismo abusivo episódico

Este es el segundo tipo o manifestación de Constitucionalismo abusivo, aquel que, como su nombre lo dice, se da forma episódica o irregular. El término fue acuñado por Queiroz & Robl (2019), aunque no fue desarrollado a profundidad del todo. Dichos autores señalan que "el fenómeno del constitucionalismo abusivo puede utilizarse [también] para describir el uso de procedimientos, institutos y medidas específicas del derecho constitucional para socavar o restringir la democracia constitucional en general" (2019, p. 86)[12].

Esta nueva categoría se emplea como herramienta de interpretación que permite ampliar los supuestos del Constitucionalismo abusivo tradicional (o estructural), e incluye a la utilización de instrumentos, institutos, procedimientos o normas constitucionales específicas que terminan estando en desacuerdo con las directrices de la democracia constitucional. En este caso, como podemos ver, no estamos frente a cambios estructurales como las enmiendas constitucionales o los cambios de Constitución.

Este tipo de Constitucionalismo abusivo, a diferencia del tipo estructural, es más propenso a ocurrir ya no en sistemas de gobierno presidenciales, sino en los sistemas parlamentarios, o en aquellos sistemas en los que el Parlamento mantiene una serie de facultades fuertes, como figuras de suspensión o destitución presidencial, lo que significa que la pérdida de la mayoría parlamentaria en el Congreso equivale a la pérdida del cargo del Presidente, para lo cual se recurren normas o mecanismos constitucionales, pero inusuales. Por ejemplo, tenemos el caso de Venezuela con el expresidente Carlos Andrés Pérez, que fue destituido de su cargo en 1993 por juicio político; o el caso de Ecuador con el expresidente Jamil Mahuad en el 2000. En Perú, se destituyó al expresidente Alberto Fujimori por la causal de "incapacidad moral"; y en Ecuador, en el año 1997, utilizaron la causal de "incapacidad mental" para destituir al expresidente Abdalá Bucaram. Distintas figuras constitucionales que fueron utilizadas para lo mismo: impedir que el presidente pueda terminar su mandato presidencial.

Como se ha podido observar, el Constitucionalismo abusivo no solamente puede ocurrir en los sistemas de gobierno presidenciales, como algunos lo afirman, puesto que también el parlamento, sin necesidad de realizar enmiendas o nuevos textos constitucionales, puede utilizar su posición para destituir al presidente mediante las normas constitucionales que lo "legaliza". La herramienta constitucional mayormente utilizada en este tipo de Constitucionalismo abusivo es el *impeachment* o juicio político. Tenemos el ejemplo de Brasil, que, en el año 2016, mediante el *impeachment* presentado contra Dilma Rousseff, logró destituir a la expresidenta, alegando el incumplimiento de normas presupuestarias.

Tal y como lo señalan Queiroz y Robl (2019), el *impeachment* o juicio político es una figura constitucional útil para poder restringir y controlar el poder que tienen los presidentes; no obstante, "el uso repetido de este mecanismo extremo es muy perjudicial para la democracia constitucional" (p. 93), lo que termina convirtiéndose en un arma para el parlamento contra el Poder Ejecutivo. Esto desmiente que el parlamentarismo sea el "antídoto" o la respuesta para vencer el Constitucionalismo abusivo, como algunos argumentan, y que este fenómeno se puede dar incluso en las democracias más sólidas y fuertes, independientemente del sistema de gobierno que tengan.

(12) Traducción propia del portugués al español.

No obstante, es menester aclarar que no siempre que observemos un Constitucionalismo abusivo estructural significa que nos encontramos bajo un sistema de gobierno presidencialista, al igual que el Constitucionalismo abusivo episódico no solo puede encontrarse en un sistema de gobierno parlamentario. Ambas manifestaciones de Constitucionalismo abusivo pueden darse en cualquier tipo de sistema de gobierno, únicamente se menciona que existen sistemas de gobierno más propensos en caer en un tipo de Constitucionalismo abusivo que en el otro, ya sea por la estructura organizacional del Estado o las atribuciones que se les otorga a las distintas instituciones.

Se sostiene, entonces, dos manifestaciones de Constitucionalismo abusivo, ambas de forma sigilosa e inadvertida, pero que terminan atacando las bases de la democracia constitucional. Asimismo, el sistema de gobierno y las figuras institucionales que se le otorga a los Poderes del Estado cumple un rol fundamental que puede ayudar a identificar bajo qué tipo de Constitucionalismo abusivo estamos o podríamos caer en un futuro.

4. Analizando al Perú: ¿presidencialismo o parlamentarismo?

Adentrándonos más en nuestro ordenamiento jurídico y político en cuestión, junto con todo lo anteriormente argumentado sobre el Constitucionalismo abusivo, se vuelve necesario identificar antes que todo qué tipo de sistema de gobierno tiene el Perú, cuál es su organización y qué facultades le ha otorgado a cada uno de los Poderes del Estado. Sabiendo esto, podremos identificar las latentes amenazas o posibles vulneraciones por las que atraviesa nuestro sistema, lo que nos permitirá analizar, más adelante, los hechos ocurridos el 9 de noviembre de 2020.

El sistema parlamentario es aquel que concentra el poder político en el Parlamento, debido a que es el órgano escogido por voto popular y, por ende, legitimado democráticamente. Una vez elegido el Parlamento, se escoge al líder del partido político mayoritario para que sea quien se encargue del gobierno. Este líder escoge a su gabinete de ministros con los parlamentarios de su partido y, de esta manera, es nombrado el Jefe de Gobierno. De esta manera, si por alguna razón el partido pierde su mayoría en el Parlamento, el Jefe de Gobierno cambia a la otra persona líder del nuevo partido mayoritario. El Jefe de Estado es otra persona distinta (el monarca), el cual solo ejerce funciones protocolares, mas no gobierna.

El Parlamento tiene la facultad de pedirle cuentas a los ministros, incluso al Jefe de Gobierno. Por el otro lado, este se encuentra facultado para disolver el Parlamento y convocar a nuevas elecciones cuando se le niegue la confianza; no obstante, solo si el partido del Jefe de Gobierno sigue siendo mayoría, el líder seguirá en el gobierno, caso contrario, este deberá renunciar. Como se puede observar, la "censura a los ministros y derecho de disolución son, pues, dos instituciones típicas del parlamentarismo que permiten resolver situaciones de crisis política" (Wieland, 2020), son las ruedas que permiten que este sistema parlamentario funcione de forma correcta, y normalmente se evita un conflicto entre ambos organismos, puesto que la mayoría parlamentaria está con el Jefe de Gobierno.

El presidencialismo, por el otro lado, es aquel sistema de gobierno en donde el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno se reúnen en una sola persona. Teniendo como ejemplo puro a la experiencia estadounidense, el presidente aquí, al igual que el parlamento, es elegido por voto popular, gozando de legitimidad democrática también. El presidente, entonces, asume el gobierno y, con ello, la responsabilidad política de sus decisiones; de igual manera, es quien elige directamente a sus ministros, quienes responderán políticamente ante el presidente, y no ante el Parlamento, es decir, este último no puede censurarlos.

Si el Parlamento no tiene permitido censurar a los ministros, entonces aquí el presidente tampoco puede disolver el Parlamento. Tampoco tiene la facultad de plantear cuestiones de confianza sobre propuestas legislativas. El primer ministro no se convierte en el Jefe de Gobierno como el parlamentarismo, sino que viene a ser un ministro más elegido por el presidente, y quien ayudará para la conformación de todo el gabinete de ministros (Blancas, 1996, p. 87). Como se puede notar, aquí el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo están bien distinguidos y separados, pero eso no impide que deban trabajar coordinadamente, cuyos puntos de encuentro suelen estar establecidos en la Constitución.

Sin embargo, cabe preguntarnos entonces, ¿qué sistema de gobierno tiene

(13) Término utilizado por Hubert Wieland Conroy (2020).
(14) Este término es comúnmente utilizado, puede encontrarlo en Espinosa-Saldaña (2007) o Eguiguren (2007).

nuestro país? Evidentemente, el Perú ha recogido varias figuras de ambos sistemas de gobierno, creando un híbrido. Escogió, en un principio, el sistema presidencialista, siguiendo como modelo a Estados Unidos; no obstante, ha incorporado a lo largo de los años distintos elementos del parlamentarismo, por lo que algunos lo llaman presidencialismo parlamentarizado[13], presidencialismo latinoamericano[14], o semi-parlamentario, designando así a un sistema que inicia como presidencialista, pero que ha agregado instituciones propias del parlamentarismo.

En efecto, aquí el presidente de la República es elegido mediante elecciones, reúne en él tanto las figuras de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, así como tiene la facultad de elegir y también remover a sus ministros. Una vez elegidos los ministros, se forma el Consejo de Ministros, el cual tiene su propio. Aquí podemos notar rasgos del parlamentarismo, pues también está esta figura de "gabinete"; sin embargo, el Presidente del Consejo de Ministros no es el Jefe de Gobierno, ni es elegido por el Parlamento, sino que puede ser removido por el Presidente en cualquier momento.

Asimismo, el Presidente del Consejo de Ministros, una vez elaborada la política general del gobierno, debe presentarse para solicitar la confianza al Congreso, quien puede otorgársela o negársela. Resulta poco eficiente que, luego de que dicha política haya sido respaldada por el pueblo, tenga que necesitar un nuevo respaldo por parte del Congreso, dando a relucir la poca compatibilidad de la "investidura" dentro de un sistema presidencialista. De igual manera, nos encontramos también con la figura de la censura de ministros por parte del Congreso; así como el mecanismo de disolución del Congreso, ambos elementos que sirven de contrapeso, pero que funcionan correctamente en un sistema parlamentario, no presidencialista.

La disolución del Congreso genera que el presidente convoque a elecciones nuevamente e instaure uno nuevo; no obstante, y a diferencia del parlamentarismo, el Presidente de la República no renuncia a su cargo si es que su partido no obtiene la mayoría, sino que se mantiene hasta finalizar su mandato. A todo esto, Blancas añade que, a pesar de que presentamos figuras del sistema parlamentario, el Perú sigue siendo presidencialista en gran parte, puesto que el Presidente de la República tiene muchísimas más facultades en comparación al Congreso (1996, p. 87-92).

Como hemos podido observar, existe una mezcla (desordenada, en cierta medida) de figuras constitucionales de ambos sistemas presidenciales, siendo estos en principio extremos opuestos. Esto lo que genera es que exista constantes tensiones fuertes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a lo largo de los años. El diseño constitucional que tiene nuestro país solo parece ser viable cuando el Presidente de la República tenga a la mayoría del Congreso a su favor, asegurándole el voto de confianza a todo su Consejo de Ministros. No obstante, este ideal no sucede tan seguido como quisiéramos. Aunque lo que se esperaría sería que, a pesar de que no se simpatice, puedan actuar de forma políticamente madura y en coordinación, al final nos encontramos en la situación de que ambos terminan teniendo herramientas constitucionales para atacar al otro cuando así lo requieran sus intereses.

Podríamos concluir este apartado afirmando que el Perú es altamente propenso a adolecer de un Constitucionalismo abusivo en sus dos modalidades por el sistema híbrido que tiene, el cual presenta tanto a un presidente fuerte con muchas facultades, así como a un Congreso con los mecanismos constitucionales suficientes para destituirlo de su mandato. No solo eso, sino que cada sistema presidencial debe ser entendido no solo desde la teoría, sino considerando en cuenta también aspectos de la historia política y social por la que ha atravesado el país en cuestión. Tomando en cuenta eso, el Perú ha sido un país cuyos gobiernos han sido en su mayoría dictaduras civiles y militares, lo cual ha influenciado sin duda al cuerpo constitucional que tenemos el día de hoy; por lo que podemos afirmar que nuestro país está contantemente amenazado a caer en un gobierno autoritario nuevamente.

5. La vacancia por "incapacidad moral"

Nuestra Constitución de 1993 contempla los supuestos para vacar al presidente de su cargo. Cabe enfatizar que la vacancia presidencial no es una sanción, medio de control ni penalidad hacia el presidente (como sí lo sería el juicio político o la censura), sino que es una medida que se toma para evitar que el cargo presidencial se quede vacío por cualquiera de las causales expuestas en la norma, las cuales impiden que el presidente pueda seguir en el mandato.

Una de estas causales de vacancia es la incapacidad moral, que se encuentra en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución: "La Presidencia de la República vaca por: (…) 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso". Esto ha generado mucho debate, tanto en el ámbito

constitucional como político, buscando poder delimitar o darle una correcta interpretación a esta causal, y que no sea utilizada de forma arbitraria por parte del Congreso.

Una primera interpretación dada por una parte de la doctrina es que la incapacidad moral hace referencia a la incapacidad mental o "psíquica" realmente, que, junto con la incapacidad física también mencionada, se entiende que podría incapacitar al presidente de continuar en el gobierno. Esta teoría se complementa junto con los siguientes dos detalles: "a) la calificación de permanente incapacidad, la cual solo tiene sentido si se está pensando en "moral" como sinónimo de "mental"; y, b) el hecho de que no se haya previsto en la Constitución la incapacidad psíquica o psicológica, lo cual tendría pleno sentido con el objetivo que busca la vacancia" (Cruces, 2018, p. 264).

Por otra parte, Eguiguren afirma con justa razón que "atribuir a la incapacidad moral un sentido distinto a la incapacidad mental conlleva inconsistencia técnica y riesgos políticos muy notorios, pues permite un juicio valorativo, subjetivo y político de la conducta presidencial o la posibilidad de una suerte de "censura" parlamentaria, que acarreen la destitución del Presidente" (2007, p. 4). Evidentemente, darle otra acepción al término "moral" podría significar que la vacancia estaría siendo utilizada como control político o sanción, desnaturalizando su finalidad.

Una segunda interpretación que sobresale en el debate es la interpretación histórica, es decir, observar cómo esta causal ha sido empleada en la práctica, para así determinar su verdadero significado. Al analizar las veces en las que se ha vacado a un presidente o se ha intentado hacerlo en nuestro país, podemos concluir que la incapacidad moral no ha sido entendida como incapacidad mental, sino como inconducta moral o actos "indignos" de un Presidente. Aquí, como lo señala Cruces, estaríamos ante una mutación constitucional, pero no del órgano jurisdiccional, sino del propio Congreso de la República (2018, p. 267).

Una tercera y más reciente interpretación que se plasma en el debate constitucional es la interpretación con base en la fórmula política de nuestro país. Como ya hemos definido anteriormente, nuestro sistema de gobierno es semi-parlamentarista, es decir, nace siendo presidencial, pero ha ido adoptando instituciones del parlamentarismo. Conociendo nuestro sistema y las deficiencias que tiene, no es posible que la interpretación que se le debe dar a la incapacidad moral:

> 1) vaya en el sentido de un parlamentarismo, negando así la identidad propia del sistema que recae en la legitimidad propia de la figura presidencial; y 2) potencie en exceso al presidente, pues es justamente uno de sus rasgos el haber introducido matices al ejercicio de un poder desmedido por su parte (Cruces, 2018, p. 274).

En este sentido, García Chavarri (2008), uno de los que apoya esta interpretación, concluye que el ámbito de aplicación de la vacancia por incapacidad moral sería "aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren a tal magnitud la dignidad presidencial que hagan que no pueda ser posible que su titular se mantenga en su cargo" (p. 402). No obstante, si bien puede ser una interpretación más integral, considero que de igual manera no soluciona uno de los problemas más grandes que tiene esta figura: la arbitrariedad de su uso y el peligro de que pueda ser utilizado reiteradas veces.

Con todo lo mencionado anteriormente, hemos podido conocer diferentes posturas que existen en la doctrina con respecto al significado de la incapacidad moral; sin embargo, sigue sin haber alguna concordancia en el debate hasta el día de hoy, es por esto que, incluso, existen quienes proponen una reforma a este artículo para eliminarlo de la lista de causales. No obstante, si bien no existe un consenso total sobre lo que esta figura podría implicar, sí podemos establecer ciertos puntos básicos que no se deben poner en cuestión: (i) la vacancia no es una forma de control político o de sanción al Presidente, sino que únicamente vela por la protección de la continuidad de la función presidencial; (ii) la vacancia no se puede dar por criterios meramente subjetivos con una interpretación muy amplia, ya que abriría las puertas a su uso arbitrario; y (iii) el Congreso de la República no está facultado para derribar o destituir al Jefe de Gobierno cuando lo considere necesario, ya que no nos encontramos en un régimen parlamentario.

A continuación, entonces, analizaremos la última vacancia presidencial por incapacidad moral dada en el Perú, la cual fue dada contra el expresidente Martín Vizcarra. Asimismo, se determinará cuál fue la aparente interpretación que el Congreso le dio a esta causal y si su uso fue el correcto o si, por el contrario, fue empleado de forma arbitraria, como venimos advirtiendo.

6. 9 de noviembre de 2020: ¿Constitucionalismo abusivo?

El 18 de septiembre de 2020 el Congreso realizó la votación para determinar si el

entonces Martín Vizcarra sería vacado por incapacidad moral permanente, debido a los audios difundidos sobre el caso Richard Swing. Con 78 votos en contra, dicha vacancia no fue aprobada. No obstante, tan solo 52 días después, el 9 de noviembre, el Congreso vuelve a presentar nuevamente el pedido de vacancia del presidente por la causal de incapacidad moral permanente. A diferencia del 18 de septiembre, hubo 105 votos a favor de la vacancia, lo que destituyó esa misma noche a Martín Vizcarra de la silla presidencial.

El Presidente del Congreso de la República, Manuel Merino, quien fue el que dirigió todo este procedimiento, es nombrado Presidente de la República al día siguiente, lo que generó un desacuerdo por gran parte de la población, ya que no se estuvo de acuerdo con la vacancia de Martín Vizcarra. Esto generó que, para los siguientes días, muchísimas personas en diferentes partes del país salieran a marchar y protestar para que Merino se retire del poder, incluso estuvo presente la corriente que sostenía la necesidad de crear una nueva constitución.

Lo primero que debemos analizar aquí es la interpretación que el Congreso le dio a la incapacidad moral permanente para aplicarla hacia Martín Vizcarra. Esta, definitivamente, fue la de considerar lo "moral" como conducta "indigna" o "reprochable", y no como mental o psíquica. Como ya se mencionó anteriormente, esta es la interpretación más peligrosa que existe, pues la convierte en una causal muy abierta y subjetiva que depende de lo que en ese momento el Congreso considere como "indigno de un Presidente".

La razón para argumentar la incapacidad moral permanente fue debido a la existencia de investigaciones por presunta corrupción durante el mandato de Martín Vizcarra en Moquegua (presuntos pagos de 640 mil dólares por dos obras), ¿puede ser esto considerable como incapacidad moral? Si ya existían investigaciones en marcha, el Congreso entonces no debió interferir en la justicia, sino dejar que estas continuarán en curso. A esto debemos añadir que no se llevó a cabo un debido proceso, ya que la votación duró solo pocas horas, y el Congreso terminó siendo tanto juez como parte.

Podemos observar que la incapacidad moral fue utilizada sin respetar los tres puntos básicos que se mencionaron líneas arriba. En primer lugar, fue utilizada como una herramienta de control político, desnaturalizando el propósito de la figura de vacancia. El hecho de haber intentado dos vacancias hacia Vizcarra de forma tan seguida (sin contar los dos intentos de vacancia también realizados hacia Pedro Pablo Kuczynski) demuestra un enfrentamiento político entre ambos organismos, utilizando los mecanismos constitucionales como amenaza.

Es menester traer a colación el Caso Petro vs. Colombia, en el cual el Sr. Petro fue destituido de su cargo de alcalde por la Procuraduría, quien también asumió un rol de juez y parte. En este caso, "la Corte concluyó que dicha sanción constituyó una violación a los derechos políticos del señor Petro en los términos del artículo 23 de la Convención, porque no fue impuesta por un juez competente en un proceso penal, con arreglo a las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 del mismo instrumento" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia N. C-406, 2020). De esta sentencia, queda claro que existen derechos políticos que deben ser respetados, y que no se puede destituir a un funcionario público de un cargo si no existe una sentencia firme por parte de un juez en un proceso penal que así lo exija. El Congreso de la República debió permitir que las investigaciones penales terminaran.

En segundo lugar, la vacancia se dio por medios muy subjetivos, por lo que terminó configurándose en una destitución arbitraria con una amplia interpretación de la causal. Por último, el Congreso terminó ejerciendo un poder como si estuviésemos en un sistema parlamentario puro, pues destituyó al Jefe de Gobierno con una causal, siendo juez y parte, en menos de 5 horas, solo porque así lo quiso. Si bien tenemos figuras del parlamentarismo, nuestro gobierno sigue siendo presidencial; eso significa que "el presidente es electo por un período fijo y solo puede ser destituido o declarado vacante por causales específicas, que tienen que ser probadas. Y eso no ocurrió en este caso" (Uprimny, 2020).

Habiendo reunido todas las piezas del rompecabezas, y después de analizar las implicancias de cada una de ellas, surge la pregunta que inspira esta investigación: ¿La vacancia presidencial por incapacidad moral del expresidente Martín Vizcarra configuró un Constitucionalismo abusivo en el Perú? La respuesta es afirmativa. Tal y como vimos anteriormente, el Perú presenció un Constitucionalismo abusivo episódico, aquel que no necesita de enmiendas o reformas constitucionales para atacar las bases de la democracia constitucional, sino que utilizó ciertas instituciones o mecanismos constitucionales para hacerlo. En otras palabras, el Congreso de la República utilizó el mecanismo constitucional de la vacancia presidencial por incapacidad moral para fines propios e inconstitucionales, que terminó por afectar la democracia.

Como se afirmó en apartados anteriores, entendemos por afectación o ataque a

la democracia, en primer lugar, al quebrantamiento o debilitamiento de la separación de poderes. Esto lo observamos definitivamente en los hechos del 9 de noviembre de 2020 y días posteriores: el Congreso de la República reunió en sí mismo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, fenómeno que es común en un gobierno parlamentario, en el que es el Parlamento quien al final concentra el poder de ambos organismos, pero esto no se vería nunca en un sistema presidencial o semi-parlamentario. Evidentemente, nos encontramos no solo ante una grave afectación a la separación de poderes, sino también al sistema de gobierno mismo que tiene el Perú.

Como segunda premisa para saber si la democracia se ve vulnerada, está todo intento por contener el control político en una sola persona o institución por encima de los otros. Esto también se dio, puesto que prácticamente el Congreso de la República también gobernaba. Esto se demuestra con todos los proyectos de ley que se presentaron al segundo día de haber asumido la presidencia Manuel Merino. Por último, la democracia también se ve afectada cuando, para lograr lo cometido o como consecuencia de este, se han vulnerado los derechos fundamentales que establece la Constitución. En este caso, no se respetaron los derechos que conforman la tutela jurisdiccional efectiva por parte de Martín Vizcarra, así como también se vulneraron sus derechos políticos.

Luego de esto, es correcto afirmar que sí existió una vulneración a la democracia constitucional contemporánea de nuestro país. Sin una mirada crítica, todo pareciese indicar que la asunción de Manuel Merino fue un procedimiento constitucionalmente correcto; sin embargo, sustancialmente, este mecanismo fue utilizado para ir contra de todo lo que nuestro gobierno constitucional busca velar y proteger. Tal y como menciona Uprimny, "los grupos dominantes del Congreso peruano aprovecharon la ambigüedad de la figura de vacancia por incapacidad moral para tumbar a Vizcarra y tomarse la Presidencia" (2020).

Es por esta razón que generó confusión el considerar como antidemocrático la asunción al poder de Manuel Merino, pues formalmente la Constitución contemplaba que era lo que correspondía; sin embargo, la autora afirma que esta norma constitucional fue solo un mecanismo al cual recurrió el Congreso de la República como un intento para atrincherarse en el poder. Mecanismos inconstitucionales, uso de la ambigüedad que puedan tener algunos de ellos, todo para alcanzar lo que la misma norma intentaba prevenir: un debilitamiento de la figura presidencial. Presenciamos un Constitucionalismo abusivo en el Perú.

6. Reflexiones finales

El presente trabajo ha buscado ofrecer un análisis a la vacancia por incapacidad moral que se dio en el Perú el 9 de noviembre de 2020. Para esto, se ha determinado la existencia de dos tipos de manifestaciones de Constitucionalismo abusivo: el estructural y el episódico. Ambos pueden darse en cualquier sistema de gobierno; sin embargo, cada uno es más propenso a ocurrir en un sistema presidencial o parlamentario, respectivamente. Se señaló, luego, las implicancias de la vacancia presidencial por incapacidad moral, y todas las complicaciones que esta tiene al ser un término que viene siendo utilizado con una interpretación amplia y arbitraria, lo que se complica aún más por el sistema de gobierno híbrido que tiene el Perú, el cual presenta tanto figuras del presidencialismo como del parlamentarismo, que mantiene en constante tensión a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Es así, que el trabajo demuestra que el Perú vivió un Constitucionalismo abusivo episódico al destituir a Martín Vizcarra del gobierno usando la figura de vacancia presidencial por incapacidad moral. Estos actos fueron formalmente correctos, pero terminaron afectando la separación de poderes y concentró el poder político en el Poder Legislativo, lo que significó un ataque y debilitamiento de la democracia. Por lo tanto, la utilización de este mecanismo constitucional (vacancia presidencial) para lograr fines anticonstitucionales que amenazaron la democracia es lo que nos permite afirmar finalmente que hubo un Constitucionalismo abusivo en el Perú.

El 15 de noviembre de 2020, luego de las constantes marchas por parte del pueblo peruano, Manuel Merino renunció al cargo presidencial. Esto demuestra que una considerable parte de la población fue crítica y pudo percibir que, a pesar de que los mecanismos utilizados eran los establecidos por nuestra Constitución, había algo que no cuadraba del todo, había algo que nos hacía sentir que nuestra democracia se había visto vulnerada. Ahora que se plantea nuevamente un cambio de Constitución, invito a los lectores a que tengamos la misma mirada crítica y reflexiva, recordemos que aún estamos influenciados por las dictaduras que nos precedieron. No permitamos nuevamente un Constitucionalismo abusivo estructural o episódico en nuestro país.

Referencias bibliográficas

Blancas, C. (1996). El Poder Ejecutivo presidencial. *Pensamiento Constitucional*, *3*(3), 85-102. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3342

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 8 de julio). Sentencia Serie C N° 406 (Caso Petro Urrego vs. Colombia). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf

Cruces, A. M. (2018). La interpretación constitucional de la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral. https://www.academia.edu/40129418/La_interpretación_constitucional_de_la_vacancia_del_Presidente_de_la_República_por_incapacidad_moral

Dixon, R. (2018). Los Derechos Constitucionales como Sobornos. *Revista Derecho & Sociedad*, *51*, 233-263. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20871

Dixon, R. & Landau, D. (2015). Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *International Journal of Constitutional Law*, *13*(3), 606-638. https://doi.org/10.1093/icon/mov039

Eguiguren, F. (2007). La responsabilidad del Presidente de la República. Hacia una reforma constitucional. *Portal de Asuntos Públicos de la PUCP*. http://repositorio.pucp.edu.pe/index//handle/123456789/11971

García, M. (2008). Acusación constitucional, antejuicio y juicio político. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. *Repositorio Institucional de la PUCP*. http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/39771

Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism, 1910-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford University Press.

González-Jácome, J. (2017). From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, *15*(2), 447-468. https://doi.org/10.1093/icon/mox017

Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *47 UC Davis law Review*, *47*, 189-260. https://ssrn.com/abstract=2244629

Linz, J. (1990). The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, *1*(1), 51-69. https://doi.org/10.1353/jod.1990.0011

Martins, F. (2019). Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma limitacao. *CATÓLICA LAW REVIEW*, *3*(1), 29-41.

Nohlen, D. (2015). El Presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto. *Revista de Derecho Público, 74*, 87-111. https://doi.org/10.5354/0719-5249.2015.37537

Queiroz, E. & Barboza, I. (2018). Constitucionalismo abusivo. Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justica*, *12*(39), 79-97. https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.641

Scheppele, K. (2016). *Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight). Background paper: Wright Lecture*. University of Toronto. https://perma.cc/Q266-MJEK

Uprimny, R. (2020, 17 de noviembre). *La crisis peruana y el constitucionalismo abusivo*. Dejusticia. https://www.dejusticia.org/column/la-crisis-peruana-y-el-constitucionalismo-abusivo/

Wieland, H. (2020, 8 de agosto). *Parlamentarismo vs. Presidencialismo en el Perú*. La Mula. https://plumainquieta.lamula.pe/2020/08/08/parlamentarismo-vs-presidencialismo-en-el-peru/hubert/

et veritasius et veritasius et veritasius