

Los fondos *Next Generation* y las reformas legales necesarias para su correcta gestión

José María GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho administrativo

Facultad Derecho, Universidad de Zaragoza

Director del [Observatorio de Contratación pública](#)

2 de diciembre de 2020



**Universidad
Zaragoza**

LOS NEXT GENERATION

Frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, la UE ha impulsado un ambicioso programa que pretende proteger y relanzar la actividad productiva. Para movilizar inversiones, la Comisión Europea presenta una doble respuesta:

1. *Next Generation EU (NG)*: nuevo instrumento de recuperación que destinará al presupuesto de la UE financiación adicional obtenida en los mercados financieros durante el período 2021-2024 (750.000 millones EUR).
2. Presupuesto europeo a largo plazo reforzado para el período 2021-2027 (1,1 billones EUR).

LOS NEXT GENERATION

Ursula von der Leyen (Presidenta de la Comisión Europea):

*“el plan de recuperación convierte el enorme desafío al que nos enfrentamos en una **oportunidad**, no solo mediante el apoyo a la recuperación, sino también invirtiendo en nuestro **futuro**”.*

Una oportunidad para lograr una Europa...

ecológica

cohesionada

digital

resiliente



LOS NEXT GENERATION

Destino: ámbitos en los que puedan incidir más positivamente, **complementando y amplificando** el esfuerzo de los Estados miembros.

La rapidez en su implementación es importante, pero lo principal es obtener la **mayor rentabilidad** de estos fondos como inversión para transformar el modelo económico y social.

Deben servir para “**hacer más país**” y **mirar hacia el futuro**.

Es tiempo para la política de las ideas (y no de las ideologías) que ponga en valor los grandes consensos.

LOS NEXT GENERATION

RETO: seleccionar proyectos ‘elegibles’ para obtener la financiación europea, para movilizar inversiones alineadas con los objetivos fijados por la Comisión Europea:

1. transición **digital** de la economía;
2. sostenibilidad **ambiental** y
3. cohesión **social** (no se trata de financiar proyectos “rápidos” y poco estructurantes).

Los objetivos se deben concretar en los Reglamentos de los 5 Fondos Estructurales y de Inversión Europea, y en su posterior desarrollo por cada Estado.

Para aplicar los NG, el Gobierno de España ha elaborado el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española* inspirado en la Agenda 2030.

LOS NEXT GENERATION

La actual situación brinda una 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.

Se pretende un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

Esta crisis enseña que el Estado no solo es la Administración Pública (y menos la Administración General del Estado), sino toda la sociedad: más allá de apriorismos ideológicos, hay que revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general.

TIEMPOS EXCEPCIONALES → DECISIONES EXCEPCIONALES...
... CON RESPONSABILIDAD Y URGENCIA

Necesitamos “más transparencia y la mejor protección de los derechos constitucionales y de la seguridad jurídica” (Miquel Roca i Junyent)

Los nuevos fondos europeos son la gran oportunidad para **hacer país** e impulsar la necesaria transformación hacia una sociedad comprometida con la sostenibilidad **social** y **ambiental** y la justicia social, que aprovecha la **digitalización** para modernizar la organización y nuestro modelo público.

PRINCIPIOS DE GESTION

Estos objetivos exigen:

- capacidad de gestión (una de nuestra principales debilidades)
- adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la *eficacia y rapidez en la gestión* con los principios de *transparencia, seguridad y buena administración*.

Ejemplo: normativas de **contratación** y de **ayudas públicas**, sobre las que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación.

HACIA UNA LEY SINGULAR

La regulación para la gestión de los NG aconseja la promulgación de una norma *ad hoc*, flexible y simplificada, para contratar los distintos proyectos (lo que puede servir de *sandbox* para validar su viabilidad y posterior aplicación general): esta parece la solución del Gobierno, visto el (extenso) proyecto de RDL.

No se trata de revisar al completo la LCSP'2017 (enmendada por la tramitación como proyecto de Ley del RDL 3/2020) ni de otras normas (Ley de Subvenciones o Presupuestaria), sino de dictar una *Ley singular* para la contratación de estos proyectos.

HACIA UNA LEY SINGULAR

La norma deberá respetar los **principios** de las Directivas de contratación pública y prever cautelas para la correcta ejecución de los proyectos.

La norma debe descansar en una adecuada **cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas”** (a nivel interestatal) y en una **apuesta por la mejor capacitación de los gestores encargados de impulsar y supervisar los proyectos** (el personal debe trabajar en colaboración con Administraciones distintas a la propia).

La **experiencia de los *Planes E*** (crisis de 2008) debe ser tenida en cuenta para no cometer los mismos errores.

HACIA UNA LEY SINGULAR

La norma “singular” permitirá relajar (no eliminar):

- el principio de **tensión competitiva de los mercados**,

- las reglas de **control financiero**,

, y facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para favorecer el **mantenimiento de empleo** o fomentar la **compra de proximidad**.

, sin rebajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni habilitar espacios de impunidad.

En el contexto social actual se exige más transparencia y rendición de cuentas de las decisiones de contratación (contratantes, importes...): la ciudadanía es cada día más crítica.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Deben determinarse los criterios de priorización de los proyectos de infraestructuras, que deberán cumplir los objetivos de la **Agenda Verde Europea** y acomodarse a las directrices de la UE (p.ej., neutralidad climática).

La norma singular debería fijar claramente los objetivos que se pretenden, para dar seguridad jurídica a las propuestas de inversiones: p.ej., proyectos que permitan **descarbonizar la economía** y 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**.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Convendría un asesoramiento de una comisión de expertos o **grupo de alto nivel**, que decida con *criterios técnicos* los proyectos a seleccionar y proponga los proyectos de colaboración público-privada que cumplen los objetivos y los criterios de viabilidad. Cabe recurrir a **asesores externos** especialmente capacitados para la valoración de proyectos por su especialidad. Los nombres de los miembros de la comisión de expertos y de los asesores deben ser publicados y se garantizará la inexistencia de conflictos de intereses.

En el **portal de transparencia** se publicarán:

1. los proyectos seleccionados, en modalidad de **ayuda pública** o de **contrato público**,
2. las incidencias y los informes relativos al cumplimiento y ejecución de los NG.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Simplificación del procedimiento contractual:

- hacer coincidir los plazos con los de la **tramitación urgente**,
- rediseñar los trámites económicos-presupuestarios incorporando modelos de **fiscalización y auditoría *a posteriori***,
- preponderar la **calidad sobre el precio** en los criterios de adjudicación,
- atender a la **sostenibilidad ambiental y social** como elemento de comparación de ofertas.

La norma debe responder a la idea de valor frente al precio. La calidad prestacional aconseja abandonar modelos basados en el precio, y analizar las ofertas en términos de valor.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

La norma singular debe **facilitar e impulsar** el empleo de **modelos concesionales** (con una correcta determinación del *riesgo operacional* asumido por el contratista) para:

- movilizar inversiones privadas (y obtener liquidez financiera en los mercados),
- desarrollar o mejorar infraestructuras & servicios de tecnología innovadora en el ámbito sanitario,
- movilizar inversiones de largo recorrido,
- consolidar empleo y mantener la economía de las actividades empresariales vinculadas (efectos colaterales).

→ **Alinear al sector privado con las políticas verdes y digitales lideradas por la UE.**

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Interesa en las concesiones:

- a) Diseñar un **modelo de reparto de riesgos equilibrado**, que no incremente la aversión al riesgo empresarial, para facilitar más y mejores ofertas.
- b) regular mejor el **modelo de reequilibrio de los contratos de servicios y de concesiones** para preservar la equivalencia de lo pactado y no distorsionar indebidamente la *tasa interna de rentabilidad*.
- c) Determinar **reglas de plazos** que favorezcan las inversiones.
- d) Permitir la **actualización tarifas** para mantener la equivalencia (evitando la rigidez de la “Ley de Desindexación”)

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Interesa **restablecer el equilibrio económico del contrato** en las **concesiones** , *en beneficio de la parte que corresponda*, para garantizar la equivalencia de las prestaciones, en estos casos:

- a) **Modificaciones** de la concesión.
- b) **actuaciones de una Administración** competente, obligatorias para el concesionario, que determinen la ruptura directa y sustancial de la economía del contrato.
- c) **fuerza mayor** que determine la ruptura directa y sustancial de la economía del contrato.
- d) **circunstancias imprevisibles** al momento de formular ofertas que, aun actuando con diligencia empresarial, impidan la ejecución de la concesión en los términos pactados.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Habilitar mecanismos ágiles y sencillos para que, desde la propia iniciativa privada, se impulsen determinados proyectos relativos a los objetivos estratégicos previamente determinados.

La gestión de los fondos debe articularse atendiendo a nuestro modelo productivo real, lo que obliga a pensar en las **PYMES** (fijar con carácter obligatorio en la oferta **qué, con quién y cómo** se va a subcontratar).

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Los proyectos deberán tener una adecuada y explicada dimensión en sus efectos sobre el territorio, y justificar su fuerza tractora para producir una efectiva transformación en el sector o ámbito de la propuesta.

Los proyectos deberán estar alineados con los objetivos de la Agenda 2030, explicando su directa vinculación con, al menos, uno de ellos.

Los particulares podrán presentar propuestas de proyectos de contratos para la ejecución de los objetivos de la norma. La iniciativa privada será posible en relación con cualquier tipo de contrato, incluyendo las concesiones de obras y servicios.

La norma debe prever alguna preferencia para cuando exista licitación de un proyecto derivado de iniciativa privada.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

El **recurso especial** debe ser obligatorio y no potestativo (disminuye la conflictividad jurídica en el medio y largo plazo sin mermar garantías), y cabe optar por el plazo de 10 días previsto por la Directiva 89/665 de “recursos”.

El actual carácter facultativo del recurso genera disfunciones procesales (en el Proyecto de LCSP'2017 era obligatorio).

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Como regla general se admitirán **pagos anticipados** y **precios provisionales** en la ejecución de los proyectos.

Siempre que sea posible se preverá en los **pliegos**:

1. un sistema de **pago por resultados** -atendiendo a **indicadores previos objetivos**-
2. un sistema de **datos** que permita determinar el valor de la prestación ejecutada.
3. una serie de **penalidades contractuales** vinculadas al cumplimiento de las obligaciones o hitos de resultados, con un **importe < 10% del precio** del contrato. Serán impuestas por el responsable del contrato.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas, siendo excluidos de la licitación de no hacerlo, **el compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción**, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia.

Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad.

Puede resultar útil la experiencia de los Pactos de Integridad (TI).

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Para resolver con rapidez las incidencias en la ejecución de estos contratos se aconseja prever la **opción de arbitraje** (+ seguridad jurídica, - litigiosidad).

El arbitraje en contratos públicos es común en otros países; suele ser una muy buena opción en contratos complejos.

El arbitraje se contempla expresamente en el RDL 3/2020, por el que se transpone la Directiva 2014/25 de “sectores especiales”.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

La correcta ejecución de los fondos europeos es fundamental.

El control *a posteriori* deberá **incluir un modelo de auditoría de costes cuyo diseño y puesta en funcionamiento deberá descansar en los órganos de control externo** (protagonistas del seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los contratos).

Las observaciones que formule el OCEX tendrán carácter obligatorio para el contratista.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

En todo contrato público o ayuda pública vinculado a los NG el acta de recepción exigirá un informe de la Intervención General que analice el cumplimiento y resultados obtenidos y de la adecuación de la financiación europea aplicada. Este Informe será remitido a las autoridades europeas.

En caso de **descertificaciones europeas por incumplimientos del contratista, corresponderá a éste la compensación de las mismas, así como las medidas correctoras derivadas.**

CONCLUSIONES (I)

Los pilares del *Next Generation* son una oportunidad para relanzar un 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, y avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

Urge facilitar la adquisición de innovación y la dinamización de la actividad empresarial, ayudando al tejido PYME a afrontar la crisis con la vocación de mantener y crear empleo.

Las Administraciones públicas deben actuar con “inteligencia decisional”.

CONCLUSIONES (II)

las propuestas y escenarios, requisitos y posibilidades derivadas de la gestión de los proyectos *Next Generation* deberían incorporarse a una **norma con rango legal singular** que, respetando el margen competencial de las CCAA, deberá:

- simplificar trámites (preservando la transparencia) para la selección y adjudicación, regulando los sistemas de control de la ejecución,
- prever soluciones presupuestarias singulares adaptadas al actual escenario.

Aunar seguridad jurídica, transparencia, buen gobierno y movilización eficaz y eficiente de las inversiones. En un contexto de cogobernanza las CCAA deberán ir “adelantando” su estrategia de futuro.

Muchas gracias por su atención!



Dr. José María
Gimeno Feliu

Catedrático de
Derecho Administrativo

Mail:

gimenof@unizar.es

Web:

www.unizar.es/gimenof

www.obcp.es