

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

25 de noviembre de 2020

JOSE MARIA GIMENO FELIU

Universidad de Zaragoza

Catedrático de derecho administrativo

Facultad Derecho. Universidad Zaragoza.

Director Observatorio de Contratación pública (www.obcp.es)

AMBITO DE LA PONENCIA

La finalidad de esta presentación es dar cuenta de algunas reflexiones sobre como debe planificarse la mejor eficacia de los fondos europeos.

La rapidez 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

La Unión Europea, para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, ha impulsado un ambicioso programa que pretende servir de protección y relanzamiento de la actividad productiva. Para movilizar las inversiones necesarias, la Comisión presenta una doble respuesta: la primera es el Next Generation EU, que es nuevo instrumento de recuperación dotado con 750.000 millones de euros, que destinará al presupuesto de la UE financiación adicional obtenida en los mercados financieros durante el periodo 2021-2024. La segunda, un presupuesto europeo a largo plazo reforzado para el periodo 2021-2027 (1,1 billones de euros).

LOS NEXT GENERATION

Como señala la 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 y resiliente.

LOS NEXT GENERATION

Los fondos europeos se destinarán a aquellos ámbitos en los que puedan incidir más positivamente, complementando y amplificando el trabajo esencial en curso en 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

El principal reto consisten en seleccionar proyectos ‘elegibles’ para obtener la financiación europea, que tengan por finalidad movilizar inversiones alineadas con los objetivos que la Comisión ha establecido al efecto: la transición digital de la economía; la sostenibilidad ambiental y la cohesión social (no se trata, por tanto, de financiar proyectos “rápidos” y poco estructurantes). Los objetivos europeos se deben concretar en los Reglamentos los cinco Fondos Estructurales y de Inversión Europea y su posterior desarrollo por cada Estado. Para invertir los fondos NG-UE, el Gobierno de España ha elaborado el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española, que, como advertía el Presidente del gobierno en su presentación, se inspira 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 para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

De esta crisis tenemos que aprender que el Estado no solo es la Administración Pública (y menos la Administración General del Estado), sino también toda la sociedad. Por ello, más allá de apriorismos ideológicos, es necesario revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general.

LOS NEXT GENERATION

Son tiempos excepcionales, que obligan a adoptar decisiones excepcionales con responsabilidad y urgencia. Y, por ello, necesitamos, como advierte Miquel Roca Junyent, más transparencia y la mejor protección de los derechos constitucionales y de la seguridad jurídica.

Los nuevos fondos europeos son la gran oportunidad para realmente 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) así como una adaptación de las normas jurídicas aplicables con el fin de conciliar la mejor eficacia y rapidez en la gestión de estos fondos (y su finalidad) con los principios de transparencia, seguridad y buena administración . Un ejemplo evidente es la normativa vigente de contratación y la 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 mejor gestión de los pondos puede aconsejar que se dicte una normativa ad hoc, más flexible y simplificada, para contratar los distintos proyectos vinculados a los pilares del *Next Generation* (lo que puede servir de *sandbox* para validar su viabilidad para una aplicación más general). Y esta parece la solución adoptada por el Gobierno, en tanto existe un borrador (extenso) de un Real Decreto Ley.

No se trata de revisar al completo la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (existen importantes enmiendas aprovechando la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto Ley 3/2020) ni de otras normas administrativas como la de Subvenciones o Presupuestaria, sino de dictar una Ley singular para la contratación de estos proyectos.

HACIA UNA LEY SINGULAR

Habrá que respetar los principios de las Directivas europeas de contratación pública (y extremar los cuidados para que la ejecución sea correcta). **Norma que 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 vigilar los proyectos que se adjudiquen (donde debe existir una lógica de colaboración más allá de la concreta Administración Pública a la que el personal esté adscrito).

Obviamente la **experiencia de los conocidos Planes E** aprobados con motivo de la última crisis económica debe ser tenida en cuenta para no cometer los mismos errores.

HACIA UNA LEY SINGULAR

Habrá que respetar los principios de las Directivas europeas de contratación pública (y extremar los cuidados para que la ejecución sea correcta). **Norma que 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 vigilar los proyectos que se adjudiquen (donde debe existir una lógica de colaboración más allá de la concreta Administración Pública a la que el personal esté adscrito).

Obviamente la **experiencia de los conocidos Planes E** aprobados con motivo de la última crisis económica debe ser tenida en cuenta para no cometer los mismos errores.

HACIA UNA LEY SINGULAR

Una norma “singular” que permita relajar (pero no eliminar) tanto el principio de tensión competitiva de los mercados como las reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para favorecer el mantenimiento de empleo o fomentar la compra de proximidad. Pero sin que ello permita relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni justificar la opción de habilitar espacios de impunidad.

Es más, en el contexto social actual se exige más explicación y más rendición de cuentas de las decisiones de contratación adoptadas (y con quienes y sus importes) pues la ciudadanía es cada vez más crítica.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

Deben determinarse los criterios de priorización de los proyectos de infraestructuras a financiar, que deberán cumplir 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 pretenden 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.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

En la decisión de qué proyectos deben seleccionarse convendría el asesoramiento de un grupo "de alto nivel", que decida con criterios técnicos que proyectos deben ser seleccionados y que proponga qué proyectos de "colaboración público-privada" cumplen los objetivos y los criterios de viabilidad. Para esta función la comisión de expertos podrá consultar 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 será pública y se garantizará la inexistencia de posibles conflictos de intereses.

Los proyectos seleccionados, en modalidad de ayuda pública o de contrato público se publicarán en el portal de transparencia

En este mismo portal se publicarán las posibles incidencias así como los distintos informes relativos al cumplimiento y ejecución de los fondos europeos.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

La simplificación del procedimiento en los contratos es claramente una necesidad. Los plazos deberán coincidir con los de la tramitación urgente y los trámites económicos-presupuestarios deben rediseñarse incorporando frente a la fiscalización previa modelos de auditorías a posteriori.

Asimismo, los criterios de adjudicación deberán atender principalmente a la calidad, desplazando la inercia de otorgar preponderancia al precio. La sostenibilidad ambiental y social debe servir como elemento de comparación de ofertas

La normativa debe alinearse de forma clara con la idea de valor frente al precio. Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

Esta norma singular debe facilitar e impulsar la utilización de los **modelos concesionales** (con una correcta determinación del riesgo operacional que asume el contratista) cuando puedan ser una solución de movilizar inversiones privadas (en un momento donde se consta liquidez financiera en los mercados) para desarrollar o mejorar infraestructuras o servicios de tecnología innovadora en el ámbito sanitario, lo que permitiría movilizar inversiones de largo recorrido y, en consecuencia, generaría consolidación de empleo y mantenimiento económico de las actividades empresariales vinculadas. El contexto actual es especialmente idóneo para impulsar una política a gran escala que mueva al sector privado, alineándolo con las políticas verdes y digitales que lidera la Unión Europea.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

Interesa en las concesiones:

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

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

Interesa en las concesiones restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, con el fin de garantizar la necesaria equivalencia de las prestaciones, en los siguientes supuestos:

- a) Modificaciones de la concesión.
- b) Cuando actuaciones de una Administración pública competente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- d) Circunstancias imprevisibles al momento de formular ofertas que, aun actuando con diligencia empresarial, impiden 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 que, lógicamente, deberán referirse a los objetivos estratégicos básicos previamente determinados. Y en la decisión de qué proyectos deben seleccionarse convendría el asesoramiento de un grupo "de alto nivel", que proponga qué proyectos de "colaboración público-privada" cumplen los objetivos y los criterios de viabilidad.

En todo caso, la gestión de los fondos debe articularse atendiendo a nuestro modelo productivo real, lo que obliga a pensar en el **papel que deben desempeñar las PYMES** (fijar con carácter obligatorio en la oferta qué, con quien y cómo se va a subcontratar).

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

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

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

Los particulares podrán presentar propuestas de proyectos de contratos para la ejecución los objetivos de la presente 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 GESTIÓN

Los mecanismos de control mediante recurso especial no pueden ser soslayados, apostando porque su utilización deba ser obligatoria y no potestativa (lo que, sin mermar garantías, disminuye los efectos de conflictos jurídicos en el tiempo) a la vez que se puede optar por el plazo de 10 días que prevé la Directiva 89/665, de “recursos”.

El actual carácter facultativo genera evidentes disfunciones procesales (que eran corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público).

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTION

Como regla general se admitirán pagos anticipados y precios provisionales en la ejecución de estos proyectos. Siempre que sea posible, en tanto permite preservar la mejor calidad de la prestación, se preverá en el pliego un sistema de pago por resultados atendiendo a unos indicadores previos objetivos y un sistema de datos que permita determinar el mayor o menor valor de la prestación ejecutada.

En todos los contratos resultado de proyectos que reciban financiación de los fondos europeos los pliegos deberán contener penalidades contractuales vinculados al cumplimiento de las distintas obligaciones o hitos de resultados, y cuyo importe podrá alcanzar hasta el diez por ciento del precio del contrato. Seán impuestas por el responsable del contrato

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

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 GESTIÓN

Con el objetivo de resolver con rapidez las incidencias surgidas en la ejecución de estos contratos puede resultar aconsejable prever la **opción de arbitraje** (lo que garantiza mayor seguridad jurídica y evita una litigiosidad innecesaria, si no perjudicial, en la ejecución de estos fondos).

Lo que es evidente es que el arbitraje en contratos públicos en otros países no es nada excepcional y que en contratos complejos suele ser una muy buena opción.

Esta opción de arbitraje se contempla expresamente en el Real Decreto Ley 3/2020, por el que se transpone la Directiva 2014/25 de “sectores especiales”.

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

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**, que tendrán un papel principal en el seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los distintos contratos.

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

POSIBLES CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN

En todo contrato público o ayuda pública vinculado a los fondos europeos 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 destinada al mismo. Este Informe será remitido a las autoridades europeas competentes.

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

CONCLUSIONES

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, así como avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Por supuesto, en ese contexto, urge facilitar tanto la adquisición de innovación como 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, al gestionar estos fondos europeos, tienen que actuar con “inteligencia decisional”.

CONCLUSIONES

las propuestas y escenarios, así como los requisitos y posibilidades derivadas de la gestión de los proyectos Next Generation UE, deberían residenciarse en una norma con rango legal singular. Norma que, respetando el margen competencial de las Comunidades Autónomas deberá simplificar los trámites (preservando la necesaria transparencia) para la selección y adjudicación, regulando los sistemas de control de la ejecución, a la vez que deberá prever las soluciones presupuestarias “singulares” adaptadas al actual escenario y finalidad. Aunar seguridad jurídica, transparencia, buen gobierno y movilización eficaz y eficiente de las inversiones es el reto. Y, en un contexto de co-gobernanza las Comunidades Autónomas 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