

De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución^α

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza*

“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”. Ursula von der Leyen (presidenta de la Comisión Europea)

1. Una primera aproximación a los retos *Next Generation*
2. La opción española de desarrollo normativo: una primera valoración
3. Los cambios regulatorios adoptados en el ámbito de la contratación pública: breve exposición
4. Reflexiones propositivas

Resumen

Este trabajo analiza las medidas jurídicas adoptadas para la gestión de los fondos europeos de *Next Generation*, presentando ideas para una mejor ejecución y control de los mismos.

Artículo recibido el 01/02/2021; aceptado el 20/03/2021.

^α Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado: "La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza". Referencia: PID2019-109128RB-C21.

Palabras clave: *contratación pública; fondos europeos Next Generation; ejecución de los contratos públicos.*

From ideas to action in the management of the Next Generation European funds: proposals for the design of an adequate governance

Abstract

This article analyzes the legal measures adopted for the management of Next Generation European funds, presenting ideas for a better execution and control thereof.

Keywords: public procurement; next generation EU; execution of public contracts.

1

Una primera aproximación a los retos *Next Generation*

Con estas líneas quiero avanzar algunas reflexiones, de carácter propositivo y no meramente críticas, en relación con la oportunidad que implican los fondos europeos para la reconstrucción, sobre lo que ya hemos opinado en este mismo Observatorio. Se pretende plantear algunas ideas que permitan el “éxito de las acciones” derivadas de estos fondos europeos, en lo que respecta al diseño normativo de su concreción, gestión y necesario control. Sin duda, estamos ante una encrucijada, no solo política o social, sino también jurídica, que obliga a prestar especial atención a los cimientos normativos que garanticen la eficacia de las medidas de desarrollo que se adopten y que deben servir para “hacer más país” y ayudar en la construcción del futuro.

Por ello, considero que es el momento para la política de las ideas (y no de las ideologías) que ponga en valor los grandes consensos en torno a los proyectos “con efecto tractor” que derivan de la correcta implementación de los fondos europeos.

Proyectos que deben alinearse con los seis pilares que el Reglamento europeo de ejecución de estos fondos ha explicitado¹:

1. Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Resulta útil el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, con un esquema de lo que han de ser los planes estatales de recuperación, titulado: “Orientaciones dirigidas a los Estados miembros. Planes de Recuperación y Resiliencia”. SWD(2020) 205final.

- (a) transición verde;
- (b) transformación digital;
- (c) crecimiento inteligente, sostenible e integrador, incluidos la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado único que funcione correctamente con pymes fuertes;
- (d) cohesión social y territorial;
- (e) salud y resiliencia económica, social e institucional, incluso con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación ante crisis; y
- (f) políticas para la próxima generación, niños y jóvenes, incluyendo educación y habilidades.

El Reglamento europeo nos advierte de que la crisis del COVID-19 también ha puesto de relieve la importancia de las reformas e inversiones en salud, y la resiliencia económica, social e institucional, incluso con miras a aumentar la capacidad de reacción a las crisis y la preparación para las crisis, en particular mediante la mejora de la continuidad de las empresas y los servicios públicos, y la accesibilidad y capacidad de los sistemas de salud y atención, para mejorar la eficacia de la Administración pública y los sistemas nacionales, incluida la minimización de la carga administrativa, y para mejorar la eficacia de los sistemas judiciales, así como la prevención del fraude y la supervisión contra el blanqueo de capitales.

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 económico². Se pretende un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Pero también necesitamos “más transparencia y la mejor protección de los derechos constitucionales y de la seguridad jurídica” (Miquel Roca i Junyent).

El principal reto de estos fondos consiste, en primer lugar, en seleccionar proyectos “elegibles” para obtener la financiación europea, que tengan por finalidad movilizar inversiones alineadas con los objetivos que las instituciones europeas han establecido al efecto y que deben tener un carácter transformador³.

2. La Comunicación de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo enuncia una serie de iniciativas políticas destinadas a ayudar a la UE a alcanzar su objetivo de neutralidad climática para 2050. El Consejo Europeo se ha fijado como una de las cuatro prioridades principales de su Agenda Estratégica para el período 2019-2024 “Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social”.

3. 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.

No se trata de **financiar proyectos “rápidos”, improvisados o poco estructurantes (ni de mera “actualización” a proyectos ya existentes que no aporten un valor claro)**⁴. 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, lo que obliga a prestar una especial atención a la fase de ejecución (y control) de los proyectos derivados o vinculados a estos fondos europeos⁵.

Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y 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). Además, 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.

2

La opción española de desarrollo normativo: una primera valoración

Con la finalidad de adaptar nuestro marco regulatorio a las exigencias derivadas de la gestión de estos fondos, el Estado ha dictado 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* (publicado en el BOE de 31 de diciembre de 2020)⁶. Del contenido de dicho Real Decreto-ley, que pretendía eliminar los “cuellos de botella” y preparar “autopistas administrativas”

4. A finales de 2019 España solo había sido capaz de justificar el 39 % de los recursos disponibles, siendo el tercer país europeo con menor porcentaje de gestión. La “inadaptación de la Administración pública española y de su sistema de gestión, especialmente sus estructuras procesos y personas”, señala JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Gestión de fondos europeos *Next generation* con una Administración obsoleta?”, <https://rafaeljimenezasensio.com/inicio-3/>.

5. HIDALGO PÉREZ, M., “Cinco propuestas para una mejor absorción de los fondos europeos”, <http://itemsweb.esade.edu/research/Policy-brief-EsadeEcpol-fondos-europeos.pdf>.

6. Al respecto pueden consultarse las monografías: RIVERO, R. (dir.), *Modernización de la Administración pública para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia*, Ratio Legis, Salamanca, 2021, y CAMPOS, C. (dir.), *La gestión de los Fondos Next Generation*, La Ley, 2021.

para su selección⁷, se obtiene una primera impresión de que la norma aparenta un “talante” centralizador que casa mal con la cogobernanza en España⁸. Por ello, en su desarrollo deberán ajustarse las concretas decisiones públicas en torno al diseño y selección de los diferentes proyectos a la distribución constitucional de competencias en su concreta incidencia sobre las políticas públicas atribuidas a comunidades autónomas (también entidades locales)⁹.

La nueva regulación -señala la Exposición de Motivos- compagina la agilización de los procedimientos, simplificando sus trámites y eliminando cuellos de botella normativos, “equilibrándola con fórmulas que permitan el desarrollo adecuado de los irrenunciables controles de legalidad y eficacia de la actuación administrativa, así como con un elevado nivel de garantías para los ciudadanos y los operadores económicos. Todo ello se hace, además, como no podría ser de otro modo, de forma respetuosa con los principios y reglas del derecho de la Unión Europea como los de igualdad, no discriminación, concurrencia, competencia efectiva en el mercado, transparencia y publicidad”¹⁰.

Los objetivos y fines de este Real Decreto-ley quedan condicionados a la aprobación por el Consejo de Ministros del Plan de Recuperación, Trans-

7. Plan España. Puede consultarse en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PlanRecuperacion.pdf.

8. Aunque, quizá de forma inconsciente, les ofrece margen de actuación, pues en lo no regulado, de conformidad con las reglas de ejercicio competencial, existirá margen de desarrollo normativo por las comunidades autónomas. En todo caso, hay que recordar la doctrina de prohibición del *spending power* del Tribunal Constitucional para evitar que, mediante la financiación que concede el Estado, se pueda laminar la distribución y el ejercicio de competencias asumido por las comunidades autónomas. Entre otras, así se indica en la STC 242/1999, de 21 de diciembre, al afirmar que “no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado”, o, lo que es lo mismo, “que el Estado... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial” (FJ 6). La mera existencia de fondos presupuestarios y de la facultad de aplicarlos no es un título competencial habilitante para actuar sobre una determinada materia.

9. Esto no supone que el Real Decreto excluya a las comunidades autónomas de poder intervenir en las acciones que se derivan del Real Decreto-ley. En este sentido, cabe destacar en particular la creación de la Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 19), que forma parte de la estructura de gobernanza diseñada por el Real Decreto-ley, y se configura como un órgano de cooperación estatal-autonómico con el fin de canalizar adecuadamente la participación de este último en los proyectos y establecer mecanismos y vías de cooperación interorgánica; y también, la posibilidad que deja abierta el artículo 44 del Real Decreto-ley a la distribución territorial a favor de las comunidades autónomas de créditos consignados en la sección presupuestaria creada específicamente para la financiación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Unión Europea.

10. Como ha destacado J. A. MORENO MOLINA, “estos ambiciosos objetivos y los controles y límites planteados, solo muy parcialmente se pueden considerar cumplidos con las medidas previstas en materia de contratación pública, que son limitadas y de poco alcance” (*Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto-ley 36/2020*, www.obcp, 2021).

formación y Resiliencia (PRTR), que es el instrumento rector para el diseño y la ejecución de los “objetivos estratégicos” y las “reformas e inversiones” que, vinculadas al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia previsto en la normativa comunitaria, sirvan para favorecer la cohesión económica, social y territorial de España, fortalecer la resiliencia social y económica del país, recuperar el tejido productivo y mitigar el impacto social tras la crisis causada por la pandemia del SARS-COV-2, y promover la transformación ecológica y digital. El PRTR, entre otros aspectos, contendrá los “objetivos generales a alcanzar” y las “principales iniciativas”, y describirá “las reformas y las inversiones previstas”, las “dimensiones ecológica y digital” del Plan, “los hitos, metas y el calendario” y sus “fuentes de financiación”. Así pues, en tanto no exista este Plan (ni se conozcan sus principales líneas) nos encontramos ante una situación de *stand-by*, que casa mal con la necesidad de favorecer ya el movimiento de ideas y de alianzas con esta finalidad tractora.

Como pieza angular el Real Decreto-ley regula la nueva figura de los **proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica (PERTE) como piedra angular, señalando lo siguiente:** “Dado el efecto multiplicador que implica en la economía una movilización de recursos de esta dimensión, la colaboración público-privada será clave para la ejecución de los distintos proyectos tractores contemplados en el Plan siendo necesario adaptar el marco normativo de los instrumentos de la colaboración público-privada a fórmulas que, manteniendo los controles y exigencias comunitarias, permitan fórmulas más flexibles y adaptativas a los requerimientos de los proyectos financiables con el Instrumento Europeo de Recuperación” (Exposición de Motivos).

El PERTE es, así, la piedra angular con la que “se pretende reforzar a aquellos proyectos incluidos en el mismo que contribuyan claramente al crecimiento económico, al empleo y a la competitividad de nuestro país, corrigiendo el fallo de mercado de infrainversión cuando las iniciativas privadas no se materializan debido a los riesgos significativos y a la necesaria colaboración público-privada que entrañan este tipo de proyectos. Se trata de proyectos de carácter estratégico, con un importante potencial de arrastre para el resto de la economía, y que exigen la colaboración entre administraciones, empresas y centros de investigación para conseguir que escalen sus operaciones en nuestro país” (Exposición de Motivos).

Estos PERTE (configurados como herramienta para la colaboración público-privada), regulados en el artículo 8, deben ser de “carácter estratégico” y con “gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y

la competitividad de la economía española”¹¹. Y pueden servir para acometer proyectos arriesgados e innovadores (evitando una situación de infrainversión debido a la normal aversión del sector privado al riesgo intenso)¹².

De la regulación expuesta se deriva algún interrogante: ¿Pero qué fórmulas de colaboración público-privada? ¿Las formas de la LCSP? ¿Tienen que ser necesariamente fórmulas concesionales? El Real Decreto-ley (art. 69) parece que se decanta por el uso de la técnica de sociedad de economía mixta para la adjudicación de los PERTE, advirtiendo que, en todo caso, en la selección de los socios privados de dicha sociedad deberán aplicarse las exigencias de la Disposición Adicional 29 LCSP¹³. Pero hay que advertir que la exigencia de participación pública mayoritaria puede suponer un claro “desincentivo” para los socios privados, que pueden preferir como alternativa el tradicional “negocio concesional”, pues aquí sí pueden ejercer su capacidad de gestión, sin condicionantes que un socio público mayoritario puede ir imponiendo de forma sobrevenida, lo que podría, incluso, limitar indebidamente los intereses del socio privado al asumir la iniciativa de compartir esa CPPI. Esa falta de seguridad jurídica al no tener una posición institucional “garantizada” en la sociedad de economía mixta es, sin duda, una importante dificultad para la utilización de estas figuras¹⁴.

11. La declaración de un proyecto como PERTE se realizará por Acuerdo de Consejo de Ministros y se crea el Registro público estatal de entidades interesadas en los PERTE. La condición de entidad acreditada deberá realizarse para cada uno de los PERTE. La entidad registrada en un PERTE será considerada preferente (no se aclara el alcance o significado de esta “preferencia”) para la colaboración en el desarrollo del proyecto en el que se inscriba. La inscripción en el Registro podrá ser considerada como requisito necesario para ser beneficiario de ayudas.

12. Los PERTE no deben distorsionar la competencia efectiva en los mercados, de forma que los operadores que participen en los mismos estarán plenamente sometidos a la normativa sobre defensa de la competencia.

13. Esta previsión no comporta, por sí, especial novedad regulatoria. Pero hay que recordar que la LCSP exige participación pública mayoritaria y que tiene naturaleza de concesión, por lo que debe existir un riesgo operacional. Por todos, GIMENO FELIU, J. M.^a, “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*, núm. 74, 2018, pp. 4-13. Sobre el régimen de funcionamiento de esta modalidad en la LCSP resulta de interés REGO BLANCO, M.^a D., “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, Nueva Época, 2017, pp. 152-160. Sobre la nueva regulación también son de interés las reflexiones de CANTÓ LÓPEZ, M.^a T., “El buen gobierno de la sociedad de economía mixta en el marco de la contratación pública”, AA. VV., *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 469-485.

14. *Vid.* GIMENO FELIU, J. M.^a, “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*, núm. 74, 2018, pp. 4-13.

Por otra parte, en mi opinión, la utilización de la terminología de colaboración público-privada se utiliza en términos amplios (y no en claves estrictas de la normativa de contratación pública) y puede referirse a **cualquiera de las fórmulas paraconcesionales¹⁵, así como incluir también contratos sin riesgo operacional (algo muy evidente en sectores como el sociosanitario)**. E igual conviene recuperar una figura de CPP equivalente a la LCSP 2007 (propuesta realizada por el profesor A. RUIZ OJEDA) que permita *Financial Projects*¹⁶ (contratos para armar).

Del diseño de los PERTE por la normativa estatal se pueden obtener algunas reflexiones. La primera, que cualquiera de las soluciones que se adopten en torno a los PERTE deben estar necesariamente vinculadas a los criterios establecidos por la Unión Europea: innovación; sostenibilidad y respeto con el medio ambiente; digitalización; economía circular; inteligencia artificial; salud, etc. Y no pueden configurarse como un NUEVO PLAN E (adoptados como herramienta ante la crisis económica de hace diez años)¹⁷.

Una segunda reflexión, sin duda más importante, es que conviene **promover alianzas entre empresas e instituciones (lo que supone ir más allá de la constitución de consorcios, en sentido estricto)**¹⁸. En especial pueden jugar

15. Sobre esta cuestión resulta de referencia la obra de BERNAL BLAY, M. Á., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

16. Me remito a BRUNETE DE LA LLAVE, T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión del sector privado, y cuyo criterio rector es el "Value for Money" en cuanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de CRUZ FERRER, J. DE LA, "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486, así como el trabajo de NIETO GARRIDO, E., "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", *RAP*, núm. 164, 2004, pp. 389-406.

17. 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 (advertidos por el Tribunal de Cuentas, cuyas observaciones mantienen plena actualidad).

18. Los consorcios (art. 118 Ley 40/2015, de Régimen del Sector Público) son fórmulas para la gestión directa de competencias. Como bien señala el profesor G. FERNÁNDEZ FERRERES (*Sistema de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor, 5.ª ed., 2020, pp. 224-225), lo que caracteriza al consorcio es que se constituye como una organización independiente respecto de los entes que se asocian. La titularidad de las competencias de los miembros que lo integran no se asume por el consorcio, sino que es la gestión lo que se traspasa, total o parcialmente, con lo que el consorcio gestiona fiduciariamente los intereses que, en otro supuesto, solo mediante la actividad unilateral de cada uno de los entes consorciados podrían ser alcanzados. Desde esta perspectiva no puede hablarse de colaboración público-privada (aunque puede servir para una mejor articulación del ejercicio competencial). No parece, por ello, que la opción del consorcio (en sentido estricto) vaya a ser el mejor instrumento para impulsar la gestión de los proyectos derivados de los fondos europeos. En muchos proyectos se necesitará un "socio privado" utilizando modalidades contractuales

un rol destacado grandes empresas de innovación y la mejor Universidad. En mi opinión, el rol de la Universidad y los centros de investigación es muy evidente: aportar el saber y la capacidad de ideas innovadoras de su investigación, dado que cuentan con “materia gris contrastada” en los ámbitos de la salud, la tecnología disruptiva y la gestión de procesos, la inteligencia artificial y la robótica, la gestión de la economía circular, incluso en las ciencias jurídicas. Esto exige, obviamente, que la Universidad debe saber adaptarse a un nuevo papel para compartir y sumar con objetivos de resultados de transformación (así como superar el rol de la ayuda para investigar), repensando también su propia estructura organizativa tradicional para diseñar nuevas unidades especializadas en dar la mejor información y solución en este ámbito (que excede, claro, de la inercia de constituir una “comisión” para ello).

3

Los cambios regulatorios adoptados en el ámbito de la contratación pública: breve exposición

Con finalidad propedéutica, se da a continuación cuenta de los principales cambios normativos adoptados por el referido Real Decreto-ley desde el concreto ámbito de la contratación pública¹⁹.

a) En relación con los plazos. Consideración de urgencia en la tramitación de todos los expedientes (art. 48), para su impulso preferente, y reducción de plazos a la mitad (con excepción del procedimiento abierto simplificado), exceptuando para el Estado el trámite de autorización del artículo 324.1.c) LCSP (art. 49). Los plazos fijados para la tramitación del procedi-

públicas. Y aquí será muy importante tanto afinar como “sumar” esfuerzos empresariales en torno a un proyecto estratégico.

¹⁹. En relación con los medios propios se establece una excepción al régimen general (art. 55): No será exigible en estos casos la autorización del Consejo de Ministros previa a la suscripción de un encargo prevista en el artículo 32.6.c) LCSP (en todo caso hay que recordar que esta flexibilización no exonera de la aplicación de las reglas de la LCSP en tanto el medio propio es poder adjudicador). En relación con la indemnización por casos de suspensión en la ejecución de contratos del art. 208 LCSP se modifica la letra a) del apartado 2 (por la disposición final 5.3), eliminando la referencia al tres por ciento del precio de las prestaciones. Y aprovechando el rango legal de esta norma, y sin directa vinculación con los objetivos de gestión de los fondos europeos, se propone que los proyectos de investigación, desarrollo e innovación tengan la consideración de unidades funcionales separadas con responsabilidad autónoma, dentro de los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, a los efectos del cálculo del valor estimado que establece el artículo 101.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. A tal efecto añade a la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación una disposición adicional: “Disposición adicional vigesimonovena. Consideración de los proyectos de investigación, desarrollo e innovación como unidades funcionales”.

miento restringido y del procedimiento de licitación con negociación (con excepción de las concesiones de importe armonizado) se reducirán a la mitad por exceso; salvo el plazo de presentación de solicitudes, que será de quince días naturales, y el de presentación de las proposiciones, que será de diez días naturales (art. 50).

El artículo 53 admite, excepcionalmente, que en los contratos de suministro y de servicios de carácter energético se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el artículo 29.4 LCSP, con un máximo de diez años, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista, o si su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

b) Sobre simplificación en los procedimientos de adjudicación. Como especialidad del procedimiento abierto simplificado (aunque no parece que este vaya a ser el procedimiento “ordinario” en la elección de proyectos transformadores de primer orden, como parece exigir la normativa europea) se establece, como regla, que la ponderación de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor previstos en el pliego no supere el 45 % del total (art. 52). El artículo 51 señala que a los contratos de obras de valor estimado inferior a 200 000 euros y a los contratos de suministros y servicios de valor estimado inferior a 100 000 €, que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, les podrá ser de aplicación la tramitación del procedimiento abierto simplificado abreviado regulado en el artículo 159.6 LCSP²⁰.

Con todo, la ampliación de importes de este procedimiento no permite anticipar una utilización “intensiva”, pues sus umbrales no armonizados casan mal con la finalidad de grandes proyectos.

20. Se desarrolla la nueva regulación que de este procedimiento se ha efectuado por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre (Ley de Presupuestos Generales para 2021). Habría convenido aclarar y simplificar más este régimen, resolviendo la problemática sobre la exigencia, o no, de inscripción en el ROLECE, y determinando que los pliegos tendrán unas exigencias mínimas con un trámite rápido de fiscalización en tanto se apliquen criterios y condiciones tipo, previamente informadas y validadas, para su utilización general. Sobre la no exigencia de inscripción, a mi juicio de forma acertada, se posiciona el Informe 12/2019, de 28 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña. *Vid.* también la opinión de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “¿Estar inscrito en el ROLECSP para participar en un procedimiento abierto supersimplificado?”, www.obcp.es.

c) Periodo de recuperación de inversiones. En relación con las concesiones que deriven de la gestión de estos fondos, el artículo 56 establece que el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 LCSP será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo, así como con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a treinta años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos.

d) Plazo del recurso especial. El artículo 58 determina que el plazo del recurso especial se reduce a 10 días (opción compatible con la Directiva europea “recursos”), con obligación de los órganos de recursos contractuales de resolver en un plazo máximo de 5 días. Esto implica que en su tramitación existe preferencia para su resolución, lo que obligará a los órganos de recursos contractuales a impulsar con celeridad estas reclamaciones. En mi opinión hubiera sido conveniente “dar un paso más” imponiendo el carácter obligatorio y preclusivo del recurso. El actual carácter facultativo genera evidentes disfunciones procesales (que eran corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio en el Proyecto de Ley)²¹. Además, la experiencia de independencia del sistema permite vencer la “resistencia” inicial a esta consideración de carácter potestativo, pues su actual funcionamiento ha acreditado que no es una “carga” para el recurrente, sino un remedio procedimental claramente eficaz²². Reducir a diez días en el recurso especial, pero estando abierta la vía judicial contencioso-administrativa durante dos meses, no avanza en la seguridad jurídica necesaria para la gestión de estos proyectos.

e) Organización administrativa. El artículo 57 señala que corresponderá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre

21. Las explican bien MARTÍNEZ TRISTÁN, G., “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en AA. VV., *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 45-54, y VALCÁRCEL, P., “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, XI Congreso AEPDA, pp. 27-31 (el texto se puede ver en el libro: *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016, pp. 303 y ss.).

22. GIMENO FELIU, J. M.^a, *Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos: la doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales: enseñanzas y propuestas de mejora)*, Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 187.

contratación pública de este Real Decreto-ley, a la vez que habilita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para **dictar las instrucciones que resulten necesarias para coordinar** la aplicación de las disposiciones anteriores, a fin de la correcta tramitación de los contratos financiados con fondos europeos. El artículo 54, a fin de homogeneizar y agilizar los procesos de contratación por parte de los diferentes centros gestores, propone la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas²³.

f) Medidas de gestión presupuestaria para mayor agilidad administrativa. Son varias las soluciones que se adoptan y que se enuncian a continuación: reintegro en el Tesoro en caso de falta de gasto / destino a la finalidad asignada / incumplimiento de los objetivos previstos de los fondos transferidos por la Administración del Estado a determinadas entidades públicas o privadas; posibilidad de tramitar anticipadamente expedientes de gasto de ejercicios posteriores, llegando a la fase de formalización del compromiso de gasto, para cualquier tipo de expediente financiado con fondos europeos, cualquiera que sea el instrumento o negocio jurídico utilizado; elevación hasta el 50 % del límite para el desembolso anticipado de fondos comprometidos con carácter previo a la ejecución y modificación de las prestaciones, en los expedientes de gasto correspondientes a convenios y encargos o en los expedientes de gasto para los que su normativa no permite o limita el desembolso anticipado; posibilidad de adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual que deban extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, por un máximo de cinco años, con facultad excepcional del Gobierno de modificar los porcentajes imputables en cada ejercicio o el número de anualidades; posibilidad de incorporar a los créditos del ejercicio los remanentes de los créditos que amparen compromisos de gastos contraídos y vinculados al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia; flexibilización del régimen de control previo (no aplicación del régimen general de fiscalización, sino del régimen de requisitos básicos, a la fiscalización previa de los actos previstos en el art. 150.2.a] LGP y a la intervención previa del reconocimiento de obligaciones prevista en el art. 150.2.b] LGP); y verificación adicional limitada de extremos adicionales en los expedientes que se financien con cargo a los fondos de los Planes *Next Generation* UE, y posibilidad de que el Consejo de Ministros acuerde la aplicación del control financiero permanente en sustitución de la función interventora.

23. Aunque nada se indica sobre el papel de la OIRESCON, hay que recordar que, ex art. 332 LCSP, tiene importantes funciones que, en el seguimiento del cumplimiento de los contratos de estos fondos europeos, se presumen fundamentales.

Reflexiones propositivas

Hay que recordar **que la finalidad de estos fondos europeos es transformar el modelo productivo en España**, lo que aconseja tener en cuenta **limitaciones a la participación de empresas extranjeras**, tal y como recomienda la Comisión Europea en su Comunicación: *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* -Bruselas, 24 de julio de 2019, C(2019) 5494 final-, desarrollo de los principios contenidos en la 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-.

En su concreción, **las administraciones públicas deben actuar con “inteligencia decisional”**, pensando también a pequeña escala, para corregir la inercia de destrucción de este importantísimo tejido empresarial (hay que recordar que Francia acaba de crear un fondo para invertir en pymes nacionales y promover el “patriotismo económico”). El desarrollo legal estatal habilita margen de decisión a las comunidades autónomas²⁴. Aunar seguridad jurídica, transparencia, buen gobierno y movilización eficaz y eficiente de las inversiones. En un contexto de cogobernanza, las comunidades autónomas deberán ir “adelantando” su estrategia de futuro²⁵.

A tal fin, como propuestas de mejora, entiendo que hay que prestar especial atención a lo siguiente:

a) Una, principal, es “anticiparse, planificar, organizar y reforzar los recursos existentes”, como medidas imprescindibles y eficientes para afrontar con acierto la gestión de los fondos europeos²⁶. Planificar exige cierta reflexión y capacidad de analizar alternativas²⁷. Solo así se puede “acertar” en la correcta solución que se financiará evitando o laminando la posibilidad de que surjan

24. Sirvan de ejemplo el Decreto-ley 1/2020 de Cataluña y el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, de la Junta de Andalucía para agilizar e impulsar la gestión de fondos europeos.

25. En relación con Aragón puede interesar el documento: *Carta abierta sobre los desafíos de los fondos “Next generation”*.

26. MARTÍNEZ, J. M., “Apuntes para la gestión contractual de los fondos comunitarios de recuperación del MFP”, www.obcp.es.

27. Sobre la importancia de la planificación, vid. DELGADO FERNÁNDEZ, M.^a R., “La necesidad de la planificación de la contratación como garantía de transparencia, del uso estratégico de la contratación pública y del uso adecuado de los procedimientos de contratación”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra 2, 2019 (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), pp. 545-566. También la opinión de MORENO MOLINA, J. A., “Importancia de la planificación y programación de la actividad contractual pública”, en obcp.es.

“elefantes blancos” de estos fondos europeos²⁸. En el diseño y la selección de los proyectos a financiar con estos fondos europeos se debe “pensar en verde” y en “sostenibilidad social”²⁹, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor³⁰. Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse en la 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 circular³¹. Además, 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. Sin olvidar, claro, que el objetivo de la transformación que pretende la Agenda de Naciones Unidas obliga a una actitud (y aptitud)

28. La asignación al sector privado de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a que se apueste por la realización de proyectos con poca o nula rentabilidad social, los conocidos como “elefantes blancos”. J. J. GÁNUZA FERNÁNDEZ y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO advierten que los proyectos públicos innecesarios y faraónicos, que lamentablemente la experiencia ha evidenciado demasiado frecuentes, reciben el nombre de “elefantes blancos” porque, “antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real”. “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, *Economía industrial*, núm. 398, 2015, pp. 111-115.

29. Por todos, MEDINA ARNAIZ, T., “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97, y GIMENO FELIU, J. M.^a, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial*, núm. 415, 2020, pp. 89-97.

30. J. PERNAS, con acierto, nos recuerda 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. “La ‘contratación circular’: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos”, en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

31. Por todos, LAZO VITORIA, X., “La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida”, en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 136-144, y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Los retos ambientales de las nuevas directivas. La contratación pública como herramienta”, en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y ALENZA GARCÍA, J. F. (coords.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, 2017, pp. 77-126.

proactiva, para aportar la mejor solución a las necesidades de la ciudadanía, necesidades que no son de simple ideología.

Asimismo, entiendo que los fondos europeos son una oportunidad para pensar nuevas formas de gestión de la sanidad que, desde una perspectiva holística centrada en el paciente como principal actor, permitan avanzar hacia modelos más eficientes, equitativos y con dinámica transformadora. Son varios los ejes para diseñar un modelo de “salud 4.0”. Uno primero, no por evidente menos necesario, es **implementar una política de salud pública proactiva que permita anticiparse** y laminar las acusadas “externalidades” que plantea la enfermedad cuando puede transmitirse a otros y causar daños a toda la sociedad. Salud pública como primera “defensa” que debe ser la antesala de la asistencia sanitaria. Saber invertir en salud pública es saber invertir en la protección sanitaria de los ciudadanos. El segundo eje es el de la organización del modelo de asistencia sanitaria, donde deben superarse apriorismos ideológicos para conseguir un modelo armónico público-privado. Las administraciones deben invertir en la sanidad pública, pilar indispensable de la arquitectura del modelo de salud 4.0, y puede ser conveniente fijar umbrales mínimos de financiación sobre el PIB coherentes con las políticas europeas en esta materia. Pero, asimismo, debe fomentarse la existencia de modelos privados de sanidad que, alineados con los fines de la propia sanidad pública, complementen un modelo integral de salud inclusivo. Público y privado en salud no deben ser configurados como adversarios, en una mal entendida política pública de salud, pues el interés general no es monopolio de las instituciones públicas. Saber sumar esfuerzos e iniciativas debe ser una de las nuevas señas de identidad de la organización sanitaria en España. Y si importante es la colaboración público-privada más relevante es corregir las disfunciones existentes de nuestro modelo de cooperación público-público. La Unión Europea acaba de insistir en la importancia de una leal cooperación entre todas las organizaciones sanitarias para, además de ser más eficientes (allí está el ejemplo de la adquisición de vacunas por la Comisión Europea para la COVID-19), conseguir, y esto es lo fundamental, la mejor calidad asistencial de todos los ciudadanos (esencia de las notas de universalidad y equidad), de forma independiente a la concreta organización sanitaria a la que se encuentren “adscritos”. En definitiva, la nueva sanidad exige más cooperación y colaboración y menos “patrimonialización política”. Por último, el nuevo modelo de salud 4.0 exige hacer de la digitalización la herramienta de cambio para pasar de las ideas a la acción. Inteligencia artificial o internet de las cosas son un presente cuya correcta utilización debe ser la palanca del cambio. Digitalización que debe aportar sensibilidad apostando por su verdadera “humanización”. La experiencia práctica durante la pandemia ha puesto

de relieve el valor de muchos procesos y proyectos impulsados por la digitalización, que, desde esta perspectiva de humanización (permitiendo monitorización en tiempo real y evitando soledad, sufrimiento y también contagios), han ayudado a mejorar la calidad asistencial y la eficiencia de la gestión.

b) El reparto de fondos tendría que atenerse a criterios exclusivamente técnicos, dejando al margen criterios ideológicos. Es momento de “utilizar luces largas”, pensando en las próximas generaciones (FUTURO) y no en rédito electoral. Vuelvo a insistir en que, como se está haciendo en otros países, 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**. Obviamente, los nombres de los miembros de la comisión de expertos y de los asesores serán públicos y se garantizará la inexistencia de posibles conflictos de intereses.

c) Mediante los diversos instrumentos de control, los proyectos deben caracterizarse por un claro interés general, por su viabilidad, por su impulso al empleo de calidad y de largo plazo y por criterios de eficiencia y transparencia. Su selección debe alinearse de forma clara con la idea de valor frente al precio. Más en concreto, 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**, de distintas experiencias, como la del 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 (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a lograr una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

d) Se 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 constata 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. La ventaja del modelo concesional, ideológicamente neutro (en palabras de Gerard Marcou), es evidente: apalanca inversión y presupuestariamente es neutral desde la perspectiva de consolidación fiscal conforme a

las reglas SEC 2010. Hacer país exige más Estado, entendido como la suma de todos: poderes públicos, empresas y sociedad civil, en el empeño colectivo de construir, lo que exige estar abierto al cambio por el bien común como algo inherente a un país comprometido con las esencias de una verdadera democracia. Para ello urge asumir la importancia de modelos de colaboración público-privada alineados con el interés general, que refuercen los objetivos institucionales de los poderes públicos. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)³². Ni, en los supuestos de riesgos imposibles de predecir, que estarían en cualquier infraestructura pública gestionada mediante contrato público ordinario, atribuirselos al concesionario³³. Como se indicaba en las conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN en el asunto C-348/10, *Norma y Dekom*, “**el riesgo asumido por el prestador del servicio para que nos encontremos ante una concesión no tiene por qué ser un riesgo ‘considerable en términos absolutos’**, sino únicamente una ‘parte significativa’, al menos, del riesgo que en todo caso asumiría el propio adjudicador si prestara él mismo el servicio en cuestión”³⁴.

Por lo que se refiere al modelo de retribución tarifaria, hay que recordar la opción de un pago directo por el usuario (*peaje duro*), o bien por la Administración concedente, pero en función del uso que hagan los terceros (*peaje blando o en sombra*). De estas dos opciones, en el actual contexto social, parece lógico fomentar, en la medida de lo posible, un sistema tarifario en

32. 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 (vid. LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *REVISTA CEFLEGAL. CEF*, núm. 154, noviembre 2013; MÍGUEZ MACHO, L., “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185). Hay que lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

33. Lo explican bien VASSALLO, J. M. y BAEZA, M.^a Á., “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, *Anuario de la movilidad*, 2009, p. 64.

34. La Sentencia del Tribunal Supremo 1795/2019, de 30 de mayo, rec. 207/2016, reitera que, para que exista un contrato de concesión, el contratista ha de asumir el riesgo de explotación del contrato: “en absoluto el llamado riesgo por el contratista, tiene entidad suficiente, frente al hecho de una retribución fija en función de la calidad de la prestación del servicio, calidad atribuible al contratista y no a ningún riesgo por principio externo al contratista, de explotación a su riesgo y ventura: ‘como se recordó en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2014, Recurso n.º 486/2011, ninguna duda existe de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la Sentencia de 31 de marzo de 1987, reiterando jurisprudencia anterior, a acacimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo que elimina lo que provenga de su propio actuar’ (STS del 20 de abril de 2015, rec. n.º 54/2013)”.

sombra (o al menos mixto, de precios sociales), lo que puede favorecer la demanda necesaria. En todo caso, hay que recordar que basta con traspasar al concesionario uno de los riesgos y no en su totalidad. Si se optase por no transferir el riesgo de demanda, y solo el de suministro u oferta, convendrá prever y condicionar la retribución a determinados estándares de disponibilidad (incluyendo como exigencia la cláusula de progreso). Será preciso un sistema de penalización automático en caso de incumplimiento por el concesionario, que consista en falta de pago o reducción de la cuantía pagada como retribución³⁵.

e) 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 pymes³⁶, lo que aconseja fijar con carácter obligatorio que exista subcontratación en las ofertas que se presenten, especificando con carácter previo con qué subcontratista y qué aspectos y condiciones³⁷. Pero para hacer más atractiva también esta opción, convendría extender la solución de la acción directa del pago a subcontratistas establecida por el 1597 del Código Civil³⁸, así como prever que se certificará al subcontratista la correcta ejecución de la unidad realizada, lo que supondrá un reconocimiento institucional a la actividad que se ha desarrollado (lo que comporta ventajas reputacionales y de acreditación de experiencia). Hay que insistir en la necesidad de impulsar modelos de participación en las licitaciones

35. Hay que regular la gobernanza de toda la ejecución de proyectos, y en especial cuando se utiliza la fórmula de sociedad de economía mixta. Aquí, la redacción de los pliegos y las condiciones de ejecución puede ser considerada como una medida “crítica” donde poco espacio tiene la opción de los pliegos tipo. *Vid.* AA. VV., *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

36. Por todos, CANALS AMETLLER, D., “Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 48, 2018, pp. 221-246.

37. Como ha apuntado el profesor Francisco CAAMAÑO GONZÁLEZ, “el círculo de los licitadores es demasiado cerrado”, en la Jornada “Retos jurídicos y oportunidades de transformación en la gestión de los fondos Next Generation UE”, Observatorio de Contratación Pública, el 5 de noviembre de 2020. http://obcp.es/sites/default/files/2020-11/NP_Evento_Observatorio_Contratacio%CC%81n_Pu%CC%81blica%20Definitiva.pdf. El actual 215 LCSP deja en manos del pliego “armar” el modelo de subcontratación, y la opción de imponer que se subcontrate alguna unidad claramente diferenciada, con el propósito de favorecer el acceso de pymes, es correcta. Se trata de una alternativa a la opción de hacer un lote. La posibilidad de imponer cierto “nivel” de subcontratación referido a aspectos técnicos concretos se puede articular mediante condiciones especiales de ejecución (artículo 202 LCSP) que serán obligatorias para todo licitador que aspire a la adjudicación. En definitiva, el pliego puede determinar el alcance de la posible subcontratación (ya no por importe sino por unidades) y, por supuesto, imponer la misma en ciertas unidades en tanto resulte una decisión proporcional (de hecho esta obligación de subcontratar es ordinaria en las fórmulas concesionales).

38. *Vid.* BLANCO LÓPEZ, F., en su muy interesante trabajo: “La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 38, 2011, pp. 221-258.

que superen las inercias en torno a la constitución de uniones temporales de empresas³⁹, a favor del concepto funcional de operador económico que integre solvencia con recursos ajenos (art. 75 LCSP)⁴⁰. Este precepto legal permite que, para acreditar y completar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas (en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquellas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos). Se trata de un derecho de los potenciales licitadores que ni tiene que ser previsto, ni puede ser limitado mediante el pliego de la licitación. Y que no

39. Las UTE están expresamente reconocidas en la legislación en materia de contratos públicos, que las contempla como una forma posible de concurrir a los procedimientos de adjudicación (art. 69 LCSP), y muchas veces se recomiendan e incluso se fomentan por las administraciones públicas, como herramienta para permitir que las empresas de menor tamaño (en ocasiones, localmente arraigadas) accedan a los contratos públicos de mayor relevancia. No obstante, se trata de una figura problemática desde el punto de vista de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia, en la medida en que puede ser un instrumento para la infracción de tales normas: la formación de UTE entre empresas real o potencialmente competidoras para optar a la adjudicación de contratos públicos puede dar lugar a acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios y la compartición de información sensible, así como la constitución de barreras de entrada, conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sancionadas con severidad en dichas normas. En relación con lo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) viene manteniendo desde tiempo atrás una postura ciertamente restrictiva en cuanto a la utilización de las UTE en los procesos de adjudicación de contratos públicos, con objeto de que su uso no conduzca a una vulneración de las normas sobre defensa de la competencia. La CNMC sostiene, en síntesis, que el análisis de admisibilidad de la UTE respecto de las normas en materia de defensa de la competencia debe efectuarse caso por caso, en función de las características de las empresas que la componen y del contexto en el que se produce la agrupación, teniendo en cuenta los criterios a los que se ha hecho referencia anteriormente, y concluye que: “Solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE”. (Resolución de 29 de septiembre de 2016, expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes). Sobre esta cuestión resulta de especial interés la monografía de LÓPEZ MIÑO, A., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019. También la opinión de MELÓN PARDO, C., “Breves apuntes sobre la licitación a través de uniones temporales de empresas (UTES) desde el punto de vista de la defensa de la competencia”, en www.obcp.es.

40. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define el concepto de “operador económico” de forma funcional: “una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios”.

se limita, en modo alguno, a empresas de un mismo grupo empresarial⁴¹. La posibilidad de que un candidato o un licitador recurriera a las capacidades de una o varias entidades terceras, además de a su propia capacidad, para cumplir los criterios establecidos por el poder adjudicador, es conforme al marco normativo vigente, tal y como indica la Sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino* (apartado 30). Según esta misma jurisprudencia, dichas disposiciones reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, “independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas”, siempre que demuestren ante el poder adjudicador que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato (véase la Sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14, apartado 23). Tal interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible que persiguen las directivas en esta materia, en beneficio no solo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la citada Sentencia de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMA*, apartado 37 y jurisprudencia citada). Criterio jurisprudencial refrendado por la STJUE de fecha 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*, Asunto C-27/15, que ha recordado que con carácter general los operadores económicos pueden valerse de las capacidades de una o varias entidades terceras para satisfacer los requisitos mínimos de participación en un procedimiento de licitación, aunque advierte cabe considerar que existen obras cuyas particularidades puedan necesitar una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo las capacidades inferiores de varios operadores, en este supuesto, y con carácter excepcional, cabe la posibilidad de exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o recurriendo a un número limitado de operadores económicos, siempre que dicha exigencia esté relacionada, sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate y se regule en los pliegos. En todo caso, la integración de la solvencia en este tipo de contratos de servicios, necesariamente requie-

41. Esta opción, amén de conforme con el derecho europeo (ya contenida en la Directiva 2004/18, y ahora en la Directiva 2014/24, en el artículo 63), encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJUE; en concreto, en su Sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, al afirmar lo siguiente: “La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato”.

re acreditar, como se ha indicado anteriormente, que se dispone efectivamente de los medios necesarios para el cumplimiento del contrato (Resolución Tribunal de Contratación Pública de Madrid 103/2016, de 1 de junio). **Esta comprobación de disponibilidad de los medios de la empresa que complementa la solvencia no debe ajustarse a una formalidad estricta, ni, mucho menos, procede validar sobre esta empresa los requisitos de solvencia del pliego** (no se trata, insistimos, de un supuesto de unión temporal de empresas). La explicación, reiteramos, es que **prima un concepto funcional, y no formal, del contratista** (operador económico, en la terminología de las directivas de contratación pública). Este criterio de integración de solvencia con medios externos está llamado en la práctica a jugar una gran importancia, pues permitiría que realmente se seleccione a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Asimismo, se permite un “reconocimiento” a las distintas entidades que conforman el operador económico (a diferencia de cuando se subcontrata, en donde los resultados de esa contratación se imputan en exclusiva al contratista), así como se facilita la retribución a cada “unidad empresarial” que suma en ese operador económico (siendo, por lo demás, una responsabilidad mancomunada y no solidaria). En nada se cuestionan las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar.

f) La Comisión Europea, presumiblemente, será exigente en la fase de justificación de la utilización de los fondos, aplicando criterios de resultado que valoren la real eficiencia de las inversiones realizadas⁴². Por ello conviene un seguimiento “a tiempo real” de estos proyectos con utilización de auditoría de costes. Para ello puede convenir la intervención (con un nuevo rol) de los OCEX, auditando la ejecución en tiempo real conforme a los parámetros y cronograma que para cada contrato se considere conveniente, haciendo que las observaciones que formule la correspondiente Cámara de Cuentas tengan carácter obligatorio para el contratista. En todos los contratos resultado de proyectos que reciban financiación de los fondos europeos, los pliegos deberán contener penalidades contractuales vinculadas al cumplimiento de las

42. Como ha destacado P. IGLESIAS, la gestión preventiva de riesgos se muestra como una tarea esencial en la gestión de estos fondos europeos, destacando el papel nuclear que deben jugar el Tribunal de Cuentas y los organismos de control externo autonómicos (OCEX). “Apuntes para la gestión contractual de los fondos comunitarios de recuperación del MFP”, en www.obcp.es.

distintas obligaciones o hitos de resultados, y cuyo importe podrá alcanzar hasta el diez por ciento del precio del contrato⁴³. Además, los conflictos deben resolverse de forma rápida, para lo que resulta muy útil el arbitraje **(lo que garantiza mayor seguridad jurídica y evita una litigiosidad innecesaria, si no perjudicial, en la ejecución de estos fondos)**⁴⁴. En concreto deberían ser susceptibles de arbitraje, salvo que el contratista hubiera rechazado tal posibilidad en su oferta, las cuestiones relativas al reequilibrio económico del contrato, sea de concesión o de servicios, si existiera un supuesto de fuerza mayor o de decisión de cualquier autoridad pública con competencia en la materia que afectase a la economía de la concesión o la equivalencia de las prestaciones del contrato. En este contexto de asegurar el correcto cumplimiento, junto con condiciones especiales de ejecución⁴⁵, 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.

g) Hay que fomentar la conveniencia de “consorcios” con instituciones públicas y privadas para encargarles un concreto objetivo de los fondos europeos, sin necesidad de que haya que acudir a fórmulas concesionales. Y analizar la aplicabilidad del artículo 168 2.º) LCSP, que permite un procedimiento

43. Las penalidades serán impuestas por el responsable del contrato y la discusión sobre su corrección solo podrá realizarse en la fase final de liquidación del contrato.

44. Vid. GIMENO FELIÚ, J. M.^a, *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, donde se señala lo siguiente: “en la nueva LCSP de 2017 desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las administraciones públicas, para que sea decisión de cada administración pública optar por esta posibilidad (aplicando, claro, las previsiones de la Ley vigente de Arbitraje). La LCSP pretende ser ‘neutra’ frente a la opción de utilización del arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, de tal forma que corresponde al órgano de contratación decidir sobre su conveniencia. 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”. Sobre la posibilidad de arbitraje en la contratación pública resulta de especial interés el trabajo de GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2019*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020. 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”.

45. Por todos ahora el excelente trabajo de GUERRERO MANSO, C. DE, “La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, 2018 (Ejemplar dedicado a: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental), pp. 141-177.

negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia que no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos⁴⁶. Existirán motivos técnicos y económicos que justificarían esta opción, máxime en un proyecto seleccionado como elegible para financiación de los fondos europeos. Y es que aquí no resulta necesario ir más allá, pues la lógica de tensión competitiva puede ser inadecuada, máxime si en la validación del proyecto se ha tenido ya en cuenta la “capacidad y experiencia” del promotor privado (lo que equivaldría ya a su determinación por la propia elección del proyecto)⁴⁷. Proyecto al que se asigna una concreta financiación que pone ya de relieve la no necesidad de criterios economicistas (no parece admisible la tramitación de emergencia, aunque sea esta la opción adoptada en la Comunidad Autónoma valenciana por la disposición adicional quinta de la Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2021)⁴⁸.

En el contexto de facilitar la gestión de los consorcios que asuman la gestión de los fondos europeos, conviene aclarar que, cuando un ente público actúa como operador económico y obtiene un contrato público, en la ejecución del mismo nos encontramos ante la figura de la subcontratación, no siendo de aplicación, por ser el ente sector público, la LCSP⁴⁹.

46. Como ha indicado GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 220-222. Posibilidad admitida por el Tribunal Supremo, en relación con el asunto de la selección de Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. 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”.

47. Debe recordarse que las reglas de la contratación pública son un mero instrumento, de tal manera que debe primar siempre el fin público que las justifica, hasta el extremo de poder exceptuar la aplicación de ciertas reglas de la contratación pública si fuera necesario. Es lo que sucede con los fondos europeos y su concreta articulación, que pretenden dinamizar “nuevos proyectos europeos” que van más allá de las necesidades ordinarias propias de la contratación pública.

48. Lo explica bien I. GALLEGO CÓRCOLES en “Oscuros atajos en la gestión de los fondos de recuperación: la tramitación de emergencia”, publicado en *obcp.es*. Como afirma, en la tramitación eficaz de los proyectos con fondos europeos “*es preciso hallar un adecuado equilibrio, lo que solo podrá conseguirse si se actúa cuidadosamente. Sacrificar los principios de transparencia y buena administración en el altar de la rapidez en la gestión supone transitar por un oscuro atajo que, por las razones antes señaladas, puede conducir a lugar harto sombrío*”.

49. Vid. GIMENO FELIU, J. M.^a, “Reglas de contratación aplicables a los poderes adjudicadores cuando actúan como operadores económicos y deben subcontratar prestaciones (servicios y/o suministros) para el cumplimiento del contrato”, en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Observatorio de contratación pública 2018*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 25-48.

h) El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de cualquier contrato público o concesión⁵⁰. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidad de arbitraje, etc. El pliego debe regular el correcto ejercicio de las facultades de supervisión y vigilancia del poder adjudicador, pues, como advierte el profesor S. MUÑOZ MACHADO, la Administración en modo alguno puede abstraerse del ejercicio de estas facultades para dejar en las manos del contratista el cumplimiento, pues se pone en riesgo el interés público⁵¹.

Además, el carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos), así como de los contratos derivados de estos fondos europeos, aconseja también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación, en el cumplimiento de la relación contractual, pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad⁵².

50. Vid. BERNAL BLAY, M. Á., “Las leyes del contrato (los pliegos): contenido esencial y formas de control”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 957-995, y COLÁS TENAS, J., “Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas”, en AA. VV., *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1405-1440.

51. MUÑOZ MACHADO, S., *Contratos del Sector Público*, tomo XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.ª ed., BOE, Madrid, 2018.

52. Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo J. GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de MALEM SEÑA, L., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002. Igualmente, interesa destacar VANDELLI, L., *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, FrancoAngeli, Milán, 2009, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed., 2014. Y más reciente el trabajo de FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Leyes de la Corrupción y Ejemplaridad Pública*, Amarantes, 2019, donde se insiste en la herramienta de la ejemplaridad pública frente a la ley del abuso de poder (y la gobernanza ética frente a la ley de la historicidad). A modo de ejemplo en la práctica, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este Código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) la deter-

Por supuesto, como complemento ineludible a la correcta ejecución, debe contemplarse un modelo de penalidades contractuales por incumplimiento de las condiciones de la concesión, o de su calidad, o de los deberes del concesionario, que “blinde” el interés público ante un escenario de deficiente o inadecuada prestación del interés público en estos contratos con financiación europea⁵³. La nueva LCSP es clara al habilitar y fomentar esta opción, con umbrales de penalidad que claramente tienen fuerza “disuasoria” y que deben servir de freno a incumplimientos que conduzcan a una resolución anticipada⁵⁴. Obviamente, el diseño y la aplicación de las penalidades deben respetar el principio de proporcionalidad y contemplarse caso por caso, atendiendo al fin último del mejor cumplimiento⁵⁵. Además, la correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista/concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. SANMARTÍN MORA, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de

minación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) la identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) la concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes, y d) la concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

53. Sobre el uso “estratégico” de las condiciones especiales de ejecución *vid.* HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2183-2190.

54. Interesa destacar el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 1689/2019, de 21 de mayo (rec. n.º 1372/2017), al afirmar que la imposición de penalidades no está sujeta a un plazo de caducidad, ni requiere tramitar el procedimiento sancionador de la legislación de procedimiento administrativo, dado que estas medidas de carácter coercitivo “constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución de los contratos”. La penalidad carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual y, en lo procedimental, se ubica en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, por lo que no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución. La imposición de penalidades supone el ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración. Constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato no sometida a un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad, no es de aplicación supletoria la caducidad regulada en el 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 -actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015-.

55. La proporcionalidad de toda actuación o decisión administrativa ha sido encubrada a principio general del derecho administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva”.

gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos.

i) La utilización de las nuevas tecnologías (como los modelos *blockchain*)⁵⁶ debe servir ya de política palanca inherente a la gestión de los proyectos europeos. Solo así será posible la necesaria evolución de la gestión pública en España. Introducir técnicas de *big data* y de inteligencia artificial es una necesidad desde la lógica de la mejor gestión del interés público inherente a un contrato público⁵⁷. Corresponde -citando las propuestas contenidas en el *I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia artificial*- a las entidades públicas asumir un papel activo en la gestión contractual referida al uso de la inteligencia artificial, valorando con carácter previo qué condiciones deberían respetarse por parte de las entidades privadas contratistas teniendo en cuenta las singularidades del sector público. **Pero la innovación para la adecuada gestión y finalidad de los fondos europeos no debe ser solo tecnológica, sino también organizativa**, lo que obliga a innovar las soluciones organizativas, pensamiento, prácticas e inercias. El conocimiento debe ser horizontal y no vertical, hay que aprender a trabajar en equipo y tener en cuenta las buenas experiencias de otros, por lo que es necesario “armar” la mejor estructura administrativa desde una perspectiva integral de distintos conocimientos y de cooperación.

j) La ejecución del mecanismo debe llevarse a cabo de conformidad con el principio de buena gestión financiera, incluidos la prevención y el enjuiciamiento efectivos del fraude, incluidos el fraude fiscal, la evasión fiscal, la corrupción y los conflictos de intereses (en el fondo, preservando el principio de integridad)⁵⁸. No hay que olvidar el papel de “guardián” de la Comisión

56. Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M. Á. BERNAL BLAY. Puede consultarse su opinión en “Blockchain, Administración y contratación pública”, en www.obcp.es.

57. Así, figura como conclusión del *I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia artificial* (1 de abril de 2019, Toledo) la siguiente: “También entendemos necesaria la adecuación del marco de la contratación pública para embridar y poner al servicio del interés general –evitando la cautividad de las administraciones públicas– la intensa colaboración público-privada en el desarrollo de herramientas algorítmicas, de IA y creación y gestión del *big data*. Así, la contratación pública ha de integrar las exigencias de transparencia y justificación, así como la no discriminación o el cumplimiento de las normas sobre privacidad. Ello, además, debe permitir la igualdad de los concurrentes en la contratación para satisfacer estos principios en el diseño”. Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de VALERO, J., “Inteligencia Artificial y contratación del sector público”, en www.obcp.es.

58. Por todos, como obra de referencia, MIRANZO DÍAZ, J., *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

Europea: para asegurar el enlace entre fondos y para el buen gobierno económico se permite que la Comisión haga una propuesta al Consejo de suspender la totalidad o parte de los compromisos o pagos al amparo del servicio (la Comisión deberá evaluar la pertinencia, eficacia, eficiencia y coherencia del plan basándose en una lista de criterios). La Comisión debe evaluar si el plan de recuperación y resiliencia contribuye adecuadamente a los seis pilares cubiertos por el ámbito de aplicación del Reglamento europeo de gestión de estos fondos europeos. Y, directamente vinculado a esta facultad de la Comisión, conviene que se prevea normativamente (o al menos vía pliego) que en el supuesto de descertificaciones europeas por incumplimientos del contratista corresponderá a este la compensación de las mismas, así como las medidas correctoras derivadas.

Como reflexión final. De la experiencia de la crisis sanitaria y de la gestión de los fondos europeos se desprende que necesitamos impulsar una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. Y, además, como advierte F. HERNÁNDEZ, “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”⁵⁹. La postcrisis y los fondos europeos son la oportunidad para impulsar este modelo⁶⁰.

59. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “Una ley de contratos para tiempos de crisis”, en www.obcp.es (enero 2021).

60. Son tiempos para poner en valor las ideas de la teoría U de Otto SCHARMER (*Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge*, 2017); claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, propone poner en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría, en el contexto de la gestión de los fondos europeos y de la encrucijada económica y social derivada de la pandemia, deben servir para reflexionar sobre la gestión de la contratación pública y la necesidad de articular una nueva estrategia de liderazgo institucional a través de la misma.