

**¿UNA VERDADERA TRANSFORMACIÓN ADMINISTRATIVA?
LA INTRODUCCIÓN DE INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN
PÚBLICO-PRIVADA Y LOS MECANISMOS DE AGILIZACIÓN DE LOS
FONDOS NEXT GENERATION A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY
36/2020: UNA VISIÓN CRÍTICA**

Jan Sobrevia Gago

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del covid-19, propició el estallido de una nueva crisis económica que ha golpeado con fuerza a las economías europeas, aun cuando de forma más simétrica que su “predecesora” en 2008¹; lo que seguramente explica que se hayan dejado atrás las antiguas recetas de disciplina fiscal, para dar los pasos más importantes, en relación a la integración europea, que se hayan dado en las últimas décadas, comunitarizando la deuda y desplegando una serie de instrumentos fiscales sin precedentes².

Tal impulso ha tenido su translación a través de una respuesta a distintos niveles, cuya piedra angular ha sido el Instrumento Europeo de Recuperación (IRUE)³, que se articula a su vez a partir de distintos fondos, siendo el más conocido el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), dotado con 672.500 millones⁴, con el declarado objetivo no solo de sobreponerse a esta crisis, sino de transformar las estructuras económicas orientándolas a una serie de objetivos entre los que se encuentran la sostenibilidad y la digitalización⁵.

¹ VALLE CAMACHO, María. *La adaptación del ordenamiento jurídico español al instrumento de Recuperación de la Unión Europea “Next Generation EU”*, p. 31

² BAENA, P (ET. AL) *El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en España: balance provisional y propuestas de mejora*, p.3

³ Huelga decir que el Plan de Recuperación aprobado por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020, tiene otra “pata”: el Marco Financiero Plurianual 2021-2027.

⁴ El REACT-EU está dotado con otros 47.500 millones

⁵ VALLE CAMACHO, María, *op.cit*, p.30-33

En este contexto, España diseñó su Plan de Recuperación, Transformación Y Resiliencia, impulsando además una serie de reformas con vistas a la ejecución de los fondos, con la aprobación del 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 Resiliencia⁶.

Más allá de la discutida necesidad de incardinar todas las materias en una norma con rango de ley⁷, de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad, e incluso de la necesidad de aprobar una norma interna, siendo un Reglamento europeo el que regula el Mecanismo⁸, lo cierto es que ha sido la norma que ha establecido el marco jurídico (al menos en el plano interno) para adaptar el acervo normativo para la implementación de los más de 140.000 millones de euros que va a recibir a España⁹. El decreto-ley, que se ha acabado por convertir en la disposición de referencia, adaptando todo tipo de instituciones y figuras e incluso creando algunas de nuevas, vino acompañado de la Ley General de Presupuestos, aprobada la misma semana, y que introdujo también, pese a las legítimas dudas sobre su alcance presupuestario¹⁰, reformas ab initio proyectadas en el RDL a juzgar por su referencia en la exposición de motivos. Del mencionado RD- Ley, con algunos ajustes introducidos tras el Informe del Consejo de Estado¹¹, llama la atención la larga exposición de motivos, que introduce la voluntad que las reformas propuestas de trascender hacia un horizonte “transformador” y “modernizador”, pero que ya en su primera sección menciona los “cuellos de botella existentes en la normativa” y la necesidad de agilizar la ejecución de los fondos.

Pocos días después de la aprobación del RD-Ley, se publicó en el DOUE el Reglamento (UE) 2021/241, del Consejo y del Parlamento, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que preveía la presentación de los planes nacionales a las instituciones comunitarias para su aprobación; España así lo hizo y el 13 de julio de 2021 fue aprobado por el Consejo de la Unión.

⁶ Real Decreto-Ley a propósito del cual la CEOE propuso excepcionar la legislación vigente. Véase: <https://www.fenin.es/system/documents/newsletter_document/document/741/DOC_01_Fondos_Europeos_Next_Generation_EU_Resumen_Propuesta.pdf>

⁷ VELASCO CABALLERO, Francisco. *Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos NextGeneration EU a las entidades locales*, p. 36

⁸ VALLE CAMACHO, María. *op.cit.* p.35

⁹ 12.000 provenientes del REACT-EU y 59.000 del MRR.

¹⁰ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el derecho administrativo*, p.69

¹¹ Consejo de Estado. Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, núm. 783/2020

¹² CREEL, J; LERON, N; SARACENO, F; RAGOT, X., *Embedding the recovery and resilience facility into the European Semester: Macroeconomic coordination gains and democratic limits*.

¹³ SCHRAMM, Lucas; KROTZ, Ulrich; DE WITTE, Bruno. *Building 'next generation' after the pandemic: the implementation and implications of the EU Covid recovery plan*, p.113

¹⁴ DEACONU, Ș., LUPU, A. *EU Public Procurement Policy*, p.131-133

Ciertamente, el MRR supone una importante oportunidad: no solo en cuanto a la integración europea se refiere -también en la posibilidad de la construcción de una “verdadera” democracia cimentada en una política fiscal común¹²-, ni por las consecuencias que más lógicamente se pueden inferir¹³, sino también para los países de la Europa del Este, que han propuesto ambiciosos planes y cuyo desarrollo va a implicar la definitiva adaptación del marco regulatorio en contratación pública.¹⁴ En este contexto, hay que apuntar que la capacidad administrativa de España, es sensiblemente menor a la media de la Unión Europea¹⁵, de modo que la gestión de los fondos se ha convertido en un reto de primera magnitud y a distintos órdenes.

Finalmente, es imperativa una precisión de orden terminológico. Dado que, la ejecución de los fondos se hará con arreglo a las figuras de que dispone el OJ interno¹⁶, se pone de manifiesto la necesaria distinción entre convenios, contratos y subvenciones¹⁷, cuando, como recoge Bauzá Martorell, “*no es infrecuente que una relación estrictamente contractual se enmascare detrás de un convenio para sortear los principios de concurrencia competitiva (...); o que un convenio a su vez camufle una subvención otorgada al margen de los requisitos de la LGS.*”¹⁸ Distinción conceptual¹⁹, que aquí no se puede abordar, pero que deviene en tarea más ardua, si cabe, por cuanto se ha generalizado el uso de un lenguaje cada vez más apartado de las estrictas figuras jurídicas²⁰.

El ánimo de este trabajo es aunar distintas perspectivas sobre la gestión de los fondos *next generation*, que a la postre converjan en una suerte de conclusiones propositivas, que revelen sus relaciones sistemáticas. Siendo este el objetivo, me propongo examinar algunas cuestiones generales que a mi entender han de suscitar la articulación de reflexiones a su alrededor, a partir de la determinación de unos supuestos muy concretos. Dicho de otro modo, se busca alcanzar reflexiones que lejos de abordar únicamente los supuestos concretos, puedan extender su virtualidad a aspectos si se quiere más abstractos, pero que suponen las bases teóricas sobre las que analizar la gestión. Solo así puede entenderse, por ejemplo, el dedicar un apartado entero a la siempre polémica cuestión de los medios propios, sin aparente relevancia de gran calado en lo que nos ocupa, pero que permite extraer algunas premisas que han de cimentar una perspectiva distinta desde la que analizar el conjunto.

¹⁵ HIDALGO-PÉREZ, M., MANFREDI SÁNCHEZ, J. L. Y BENÍTEZ PALMA, E. *Capacidad administrativa y absorción de los fondos Next-Generation*, p. 78

¹⁶ VELASCO CABALLERO, Francisco. *op.cit.*, p. 37

¹⁷ Por todas, STS de 18 de septiembre de 2006, Sala de lo Civil; y STS de 6 de febrero de 1989, Sala de lo Civil. En ambas se dice, literalmente, aunque la primera referida a contratos y la otra a convenios que dichas figuras jurídicas “son lo que legalmente son”, y que su calificación no puede hacerse depender de otras consideraciones semánticas que las partes le hayan dado.

¹⁸ BAUZÁ MARTORELL, Felio José. *Convenios con particulares. Límites entre contrato, convenio y subvención*

¹⁹ BAUZÁ MARTORELL, Felio José. *Ídem*

²⁰ SIBINA VIDAL, M^a Carme. *Delimitación entre contrato, convenio y subvención*, p.120

El presente trabajo se estructura, pues, en tres bloques: un primero en el que se ofrece una primera reflexión general sobre los denominados “cuellos de botella”, y de la finalidad de los fondos *next generation*, a partir de la mención en el Real Decreto-Ley 36/2020, de los medios propios; un segundo bloque que explora los distintos mecanismos de colaboración público-privada; y un tercer bloque, que se cuestiona si se ha operado una verdadera transformación.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE “CUELLOS DE BOTELLA”. UNA REFLEXIÓN ALREDEDOR DE LA EJECUCIÓN DE LOS FONDOS NEXT GENERATION A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS IN HOUSE PROVIDING: LOS MEDIOS PROPIOS EN EL RD-LEY 36/2020

Desde que en la ya lejana STJUE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Teckal²¹, se empezara a desarrollar la doctrina jurisprudencial de los contratos “in house providing”, también conocidos como “medios propios” –tarea en la que se empleó el Tribunal especialmente a fondo, con multitud de importantes pronunciamientos, entre los que solo de modo necesariamente incompleto cabe aquí citar, por ejemplo, la STJUE Stadt Halle²²; la STJUE Coditel²³; la STJUE Carbotermo²⁴, la STJUE SEA²⁵; y más recientemente las STJUE Remondis (I y II), la STJUE Porin Kaupunki²⁶ o la STJUE Sambre & Biesme, aunque estas últimas más centradas en la cooperación horizontal– y tal doctrina se cristalizara (“codificara”, como gusta decir al TJUE) en las directivas de contratación del 2014, y singularmente la 24/2014, que en su considerando 33 venía a reconocer la importancia de las interpretaciones del TJUE; se ha integrado perfectamente en el ordenamiento comunitario estas construcciones, que, sin ánimo de entrar en profundidad, han venido a consagrar la posibilidad de adjudicar un contrato directamente por parte de un poder adjudicador –sustrayéndose así de las normas que rigen la contratación propia – a otra persona jurídica de derecho público o privado, cuando sobre ella ejerza un “control análogo al que ejerce sobre sus propios medios”, siempre que se cumplan una serie de condiciones.²⁷

Sumariamente, tales condiciones se identifican en el “control análogo”; la necesidad de que al menos un 80% de la actividad de la entidad que se equipara a medio propio del poder adjudicador, se realice con este (reduciendo su apertura al mercado, aun cuando

²¹ STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal

²² STJUE de 11 de enero de 2005, asunto 26/03, Stadt Halle

²³ STJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto c-324/07, Coditel Brabant

²⁴ STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-304/04, Carbotermo SpA y Consorzio Aliesi

²⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-573/07, Sea Srl Comune di Ponte Nossa. Pero también la STJUE 19 de abril de 2007, c-295/05 Asemfo vs TRAGSA; la STJUE de 29 de noviembre de 2012, c- 182/11 Econorod ; la STJUE de 10 de noviembre de 2005, C-29/04, Comisión vs. República de Austria la STJUE de 13 de octubre de 2005, c-458/03 Parking Brixen ; la STJUE de 8 de mayo de 2014, C-15/13, Hamburgo, entre muchas otras.

²⁶ STJUE de 18 de junio de 2020, c-328/19, Porin Kaupunki

²⁷ Artículos 30-33 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

no limitándola por completo); y la imposibilidad de la existencia de participación directa de capital privado a la persona jurídica controlada.

Esta primera aproximación, que es pretendidamente superficial por cuanto escapa al objeto del trabajo, quedaría incompleta si no advirtiéramos de la posibilidad de realizar un “control conjunto análogo al que se ejerce sobre sus propios medios”, por parte de más de un poder adjudicador sobre el mismo medio propio (art. 12.3 de la Directiva 24/2014). De tal extremo- esto es, de la positivización en las directivas de contratación y su posterior transposición a los OJ estatales-, no cabe deducir una menor actividad del Tribunal en esta materia, que el legislador español incorporó tímidamente en 2007 anticipándose al legislador europeo y ya de modo completo en la LCSP 2017, pues han sido múltiples los pronunciamientos estos últimos años, por la elevada casuística y por la concreción de los requisitos (singularmente, “control conjunto análogo”; “control análogo” y sus prerequisites; la participación de capital privado; o la cooperación del art. 12.4 y sus premisas).

Así pues, mediante la exclusión de tales contratos del ámbito objetivo de la directiva 24/2014, y de modo muy similar, por cuanto supone una transposición (a la que, dicho sea de paso, se le ha observado alguna notable deficiencia²⁸) la Ley de Contratos Públicos de 2017, en sus artículos 32 y 33 (en relación con el 86 de la Ley 40/2015), se permiten situaciones como las apuntadas muy brevemente, y que entrañan una complejidad cuyo análisis merece mucha más atención.²⁹ Ahora bien, como se desprende de este esquema de mínimos presentado, estas situaciones encierran no pocas dificultades y peligros adecuados para falsear la competencia, extremo este que ha preocupado no solo al TJUE –pues un mal uso de los contratos *in house providing* supone privilegiar la posición de una persona jurídica que, en condiciones normales debería competir en igualdad de trato; con el agravante de perseguir finalidades e intereses distintos a los de la Administración³⁰ – sino también a organismos nacionales, tales como la CNMC.³¹

²⁸ Sin ser este el lugar para entrar en un estudio detallado, obsérvese que no son pocos los autores que afirman la incompatibilidad de la normativa interna con la europea, en relación al artículo 6.1. LCSP. - NOGUERA DE LA MUELA, Belén. *Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos*, p.44-46

²⁹ NOGUERA DE LA MUELA, Belén. *Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios público*; o VILALTA REIXACH, M. “De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas.” *Revista Galega de Administración Pública*, 2018, nº56, p. 261-294.

³⁰ Resolución nº 696/2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, p. 47

³¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios*, p-17-23

³² SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el derecho administrativo*, p.64

Pudiera pensarse que esta cuestión, aun cuando siendo de indudable interés, carece de un vínculo de suficiente entidad con la cuestión que se aborda en este trabajo, más allá de una genérica expresión relativa a la gestión de los fondos *next generation* a través de las fórmulas contractuales propias de la legislación interna de cada Estado, entre las que se ha de hallar, como ya se ha apuntado, la contratación pública y su regulación.³² Sin embargo, este debate que se desarrolla en sede de otras polémicas, obtiene aquí un renovado interés; a raíz de la regulación en el artículo 55 del Real Decreto-ley 36/2020, de los “encargos a medios propios”³³.

Su mención en este real decreto-ley, no es pues, baladí, ni ha de entenderse únicamente como manifestación del contenido expreso que incluye. Y ello es así por cuanto, de no haberse mencionado expresamente en el artículo 55 del Real Decreto-Ley –cuestión aparte es la de la Disposición Final 5ª, que abordaremos después aunque sucintamente-, y teniendo en cuenta, que se ejecutan las inversiones de acuerdo con las figuras ordinarias que tiene el Ordenamiento Jurídico para ello³⁴, no es posible alcanzar otra conclusión que no sea que, en la medida en la que la LCSP 2017 incorpora en sus artículos 32 y 33 una pormenorizada regulación –que va incluso más allá de la operada por las directivas de contratación- de la figura de los encargos de los poderes adjudicadores a los medios propios personificados³⁵, también en la ejecución de los fondos que corresponden a España en virtud del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, era posible ejecutarlos a través de esta figura cuando se cumplieran los requisitos previstos en los mencionados preceptos.

³³ **Artículo 55. Encargos a medios propios.**

Para la aplicación de los fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia los poderes adjudicadores y las entidades contratantes podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obra y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de un medio propio en aplicación de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, previo encargo a éste, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, o al artículo 25 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, según proceda, no siendo exigible en estos casos la autorización del Consejo de Ministros previa a la suscripción de un encargo prevista en el artículo 32.6.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

³⁴ VELASCO CABALLERO, Francisco. *op.cit.*, p.37

³⁵ Nótese en este punto que, de acuerdo con la reciente STJUE de 22 de diciembre de 22 (Sambre & Biesme, asuntos acumulados C-383/21 y 384/21), aunque no se hubieran transpuesto correctamente estos artículos de la directiva (art. 12 directiva 24/2014), se podría encomendar encargos a personas jurídicas distintas del poder adjudicador si se cumplieran las condiciones consagradas en el artículo 12.3 de la mencionada directiva, habida cuenta que ha declarado el efecto directo de esta disposición. Lo que no desmerece, por otro lado, atender a la complejidad, sino casi imposibilidad práctica por parte de un poder adjudicador, de proceder a una adjudicación apartándose de lo previsto en la ley nacional, innovando así no solo en la fórmula de adjudicación, sino también en los procedimientos para la consecución de tal fin.³⁶ Por todos; GIMENO FELIU, José María. *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*, p.96

³⁷ Aspecto este último, “la influencia decisiva”, que ha sido objeto de varias sentencias por parte del TJUE, e intensos debates en la doctrina.

³⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios*, p.23

Lo que nos lleva a cuestionarnos la justificación de la inclusión de este precepto. Podría argüirse, y de hecho parte de la doctrina que ha atendido o al menos mencionado este concreto artículo focaliza su análisis en ello³⁶, que la (relativa) relevancia del artículo 55 viene dada por la excepción a la necesidad de autorización por parte del Consejo de Ministros en los encargos hechos al amparo del artículo 36.2 LCSP. Sin embargo, ello no explica suficientemente porqué el Decreto-Ley añade de modo reiterativo e innecesario la posibilidad de acudir a los medios propios.

En nuestra opinión, viene a operar como una suerte de “recordatorio”, por así decirlo, a los poderes adjudicadores, de que pueden adjudicar directamente a personas jurídicas sobre las que ejerzan un “control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisionessignificativas”³⁷, amén del resto de requisitos cumulativos, habida cuenta la sensibilidadde la materia y las graves consecuencias que puede tener un uso indebido de la figura, en términos de falsear la concurrencia y afectar así a la competencia, y a la postre la eficiencia de los recursos.³⁸ De todo lo anterior se infiere una cierta voluntad por partedel Decreto-Ley de disipar las posibles dudas de los poderes adjudicadores, de lo que se coliga una reflexión de alcance general.

Ha de entenderse, desde el punto de vista que se propone, como una voluntad de aportar seguridad jurídica. Y ello ha de entenderse en pleno debate entre la predicada excepcionalidad de las formas de autoprovisión de los servicios públicos, dando satisfacción a sus necesidades sin acudir al mercado, y por lo tanto sin que imperen los principios de concurrencia, no discriminación etc.³⁹ Huelga decir, antes de entrar en la abstracción que de aquí se deriva en relación a los fondos europeos, que la autoprovisión del servicio forma parte de la esfera de autonomía de que goza el poder adjudicador⁴⁰, en una libertad que se sitúa en un momento previo a la preparación del contrato; lo que no es óbice para atacar la decisión de encomendar a medios propios personificados⁴¹.

³⁹ ESTEVE PARDO, José. *El movimiento remunicipizador. Experiencias y expectativas*

⁴⁰ Considerando 31, in fine, de la Directiva 24/2014, y en el mismo sentido, por todas, las STJUE, de 3 de octubre de 2019, c-285/18, Irgita.

⁴¹ STJUE de 11 de enero de 2005, asunto 26/03, Stadt Halle

En este sentido se intuye una cierta reivindicación de la autoprovisión, en un sentido más

amplio que nos parece igualmente acertado, y que recoge tanto la colaboración vertical como la horizontal. Quizás es esta, la de gestión de los *next generation*, una buena oportunidad para, en la línea de lo propuesto por Amoedo-Souto, situar en un marco de normalidad, e incluso “preferente y más normal en términos de eficiencia”⁴² las técnicas de autoprovisión. Es en esta tendencia en que parece inserirse el mencionado artículo 55. A ello, sin duda, le es oponible el argumento de que, aun siendo aplicable la LCSP de 2017, bien se podría haber excepcionado el uso de esta fórmula, atendiendo al objetivo y finalidades de los fondos. Si la ejecución de los fondos pretendía reactivar la economía, no parece, desde esta óptica, que este sea el modo más eficaz⁴³ de conseguirlo, en la medida en la que, en vez de estimular la actividad económica vía contratación pública, el dinero permanece en el mismo sector del que proviene: el público. Y esto nos lleva a la cuestión nuclear que es la base de la que ha de partir el análisis, a partir del que se revelan las implicaciones ideológicas en los que los propios conceptos se subsumen, por más que se haya presentado la cuestión de la gestión de los fondos como perteneciente al mundo de las ideas y no así de las ideologías.⁴⁴ Y es que, siendo evidente que los fondos iban destinados a reactivar la economía, lo fundamental es discernir si tal vinculación viene dada por la realización de actuaciones con potencial transformador estructural; o por el contrario se predica por cuanto supone inyectar importantes cantidades de líquido a las entidades empresariales, sin alterar en lo substancial el esquema productivo ni el marco en que se insiere.

Argüir que el uso de medios propios no coadyuva a la reactivación económica, o limita su despliegue, es negar la misma eficacia del plan de transformación y resiliencia, pues la virtualidad y la eficacia de sus actuaciones se subordina y de hecho se relega solo al hecho de inyectar dinero a los privados, y no así cambiar el marco estructural en que estas se insieren. Pretender lo primero es, a la postre, contribuir a la cronificación, sino acentuar el problema⁴⁵, mientras que lo segundo supone asumir ciertamente la existencia de algunos “cuellos de botella” que lejos de poder calificarse como tales – solo es posible hacerlo desde la óptica privatista y del agente privado– se han de entender como pasos necesarios previos al despliegue de aquellos fondos, cuya operatividad está no en el medio de transmisión ni en su capacidad únicamente monetaria, sino en su potencial transformador.

⁴² AMOEDO-SOUTO, Carlos Alberto. *En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos*. p. 85-87

⁴³ Tampoco la palabra “eficaz” es aquí una elección inocente, atendiendo precisamente a que el debate se ha vinculado alrededor de la eficacia; sosteniendo ambas posturas que debiera considerarse la suya, la vía “ordinaria” por ser la que, en términos generales, resulta más eficaz para con los recursos públicos, reduciendo así al eficacia a términos exclusivamente capitalistas.

⁴⁴ GIMENO FELIU, José María. *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*, p.89

Del acervo legislativo del que disponemos, no parece razonable alcanzar una orientación que discrepe rotundamente con la posición defendida aquí. Así, se habla en el reglamento de modernización y de transformación, y el RDL 36/2020, hace lo propio, por poner un ejemplo. De ahí que se haya considerado necesario este inciso, precisamente porque la inclusión de los medios propios expresamente en el RD-Ley, ha de contribuir a clarificar teleológicamente, la amplia expresión incluida en el preámbulo, de “cuellos de botella”.

De lo anterior, pues, no puede colegirse que se estén negando aquí los cuellos de botella. Todo lo contrario, se afirma sin duda alguna la existencia de los mismos, y este trabajo pretende analizar algunos de ellos y proponer algunas posibles vías de actuación. Sin embargo, y dada el “*estiramiento conceptual*”⁴⁶, se aparecía como acertado introducir un matiz que, lejos de ser únicamente semántico, tiene consecuencias de enjundia en la caracterización de los cuellos de botella: los hay, y graves, pero no ha de confundirse con aquellos elementos que son necesarios para la efectividad de la aplicación de los *next generation*; ni puede pretenderse identificarlos como tales todos los que implican la sustracción del mercado, ni que dotan de garantías al procedimiento.⁴⁷ Si ha de tenderse hacia la colaboración, si solo mediante esta es posible superar la crisis en la que nos hallamos inmersos, es preciso superar una caracterización conceptual que encierra el sustrato ideológico de la contraposición entre la Administración y el individuo *ad quem*.⁴⁸

III. EL RESURGIR DE LAS COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: EL RETORNO DE LAS AGENCIAS Y EL USO DE MECANISMOS DE FOMENTO.

Este refuerzo aparentemente desapercibido de los “medios propios”, permite apuntar a la tendencia que se dibuja en el RD-Ley, de gestionar los fondos a través de las Agencias Estatales, suprimidas de iure –aunque no de facto– con la Disposición Derogatoria Única de la Ley 40/2015 y reintroducidas con la DF 34ª de la Ley 11/2020,

⁴⁵ Máxime, cuando en España, ya hemos tenido experiencias, duramente criticadas por el Tribunal de Cuentas, en la que se vehiculizaba de este modo la aportación de fondos a la economía y que acabaron por no orientarse a los fines por el que habían sido diseñados, como por ejemplo el Plan E. Véase informe del Tribunal de Cuentas nº 982

⁴⁶ El “estiramiento conceptual”, que propugna el aumento de la denotación sin reducir la intención. Véase, por todos: SARTORI, Giovanni. *Concept Misformation in Comparative Politics*, p. 57-65

⁴⁷ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el derecho administrativo*, p.77

⁴⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La formación de conceptos en el derecho público. Un comentario* p. 3016-3019

General de Presupuestos del Estado de 2021. Vinculación que se ha de entender no solo

por la expresa mención en el preámbulo del RD-Ley⁴⁹, sino precisamente por la incorporación de los medios propios, y por la rehabilitación de una figura que permite mucha más flexibilidad que los tradicionales instrumentos de contratación, por ejemplo, organizándose por proyectos a través del “contrato de gestión”.⁵⁰

Agencias que, junto a los consorcios (art 68 RDL)⁵¹ y las empresas de economía-mixta (art 69 RDL), se proyectan como el “vestido jurídico”, por así decirlo, que han de adoptar los proyectos de los PERTE. El caso de la Agencia es particular, en tanto en cuanto no se configura como un mecanismo de colaboración público-privada, aunque puede serlo⁵². Bien es cierto que en puridad se ha venido a recuperar la regulación suprimida en 2017 sin demasiadas novedades; pero sus particularidades, en especial la responsabilización por objetivos, la capacidad de decisión sobre los recursos asignados, la autonomía funcional, y la profesionalización de la dirección, se presentan como adecuadas para conjugar flexibilidad y tutela de los intereses públicos.⁵³

Singularmente, interesa aquí observar sucintamente cuáles son aquellas formas que se prevén que constituyen conceptualmente colaboración público-privada, noción muy vinculada a la contratación. Y ello es así por dos motivos fundamentales: el primero porque, habida cuenta el destino de los fondos (la transformación económica y productiva), y teniendo en cuenta el marco jurídico-constitucional que nos rige, ello ha de implicar la colaboración público-privada para su canalización a los sectores productivos⁵⁴. El segundo motivo obedece al amplio uso de la expresión⁵⁵ que se hacen los distintos textos jurídicos y en distintos momentos históricos, subsumiéndose en ellos lo que podría parecer nociones jurídicas de distinto orden.

⁴⁹ Motivo de crítica por parte del Consejo de Estado. Consejo de Estado. Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, núm. 783/2020 p. 32

⁵⁰ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *op.cit.* p. 68-69

⁵¹ Gimeno Feliu arguye que, en puridad, los consorcios no son en sentido estricto instrumentos de colaboración público-privada, por gestionar pero no asumir las competencias de sus integrantes, GIMENO FELIU, José María. *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*, p. 95

⁵² TERRÓN SANTOS, Daniel. *A vueltas con las agencias estatales. Un ente público para una crisis*

⁵³ TERRÓN SANTOS, Daniel. *Ídem*

⁵⁴ MALARET GARCIA, Elisenda; PADRÓS CASTILLÓN, Xavier. *La col·laboració publicoprivada en el procés d'execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organitzatives i formes contractuals, l'especial rellevància de les subvencions*, p. 45

⁵⁵ En el breve debate parlamentario se hizo alusión a la expresión hasta en 5 ocasiones, algunas de ellas con significados notoriamente divergentes. Véase: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, nº 74, p.18-38

Si bien, el estudio detallado de sus implicaciones conceptuales revela que sus notas características escapan las fronteras de la contratación⁵⁶ y subsisten en el sustrato de la

actividad de fomento⁵⁷, en el caso que nos ocupa cristalizado a través de las subvenciones recibidas a partir del “vehículo” que supone la concreta fórmula jurídica en la que los “proyectos tractores” se articulen bajo el paraguas de los PERTE.

La novedad más significativa, es, pues, el diseño de los PERTES, que cabe insertar como elemento propio en la categoría de colaboración público-privada⁵⁸, y que se caracterizan por esta lógica colaborativa, a partir de los proyectos tractores que incorporan la integración de distintos operadores económicos, a través de proyectos primarios⁵⁹.

No es que se trate de un concepto completamente original ni nuevo –tienen un destacado paralelismo con los PIICE⁶⁰–; pero se configura como un nuevo instrumento de colaboración público-privada, que sin embargo, se ha de canalizar en su ejecución (es decir, del proyecto declarado como PERTE) a través de los instrumentos ya mencionados. Lo relevante a estos efectos es que la colaboración público-privada es consustancial a la implementación del proyecto por cuanto se ha de elegir una de las formas jurídicas que se construyen sobre esta nota, más allá del diálogo que se pueda producir por cauces más o menos oficializados.

Pero esta breve panorámica quedaría incompleta sin una mención a los consorcios⁶¹, cuya virtualidad es especialmente relevante, por cuanto ha sido una de las fórmulas jurídicas más elegidas para la instrumentalización de los proyectos tractores⁶²; y a la sociedad de economía mixta, cuya configuración que eventualmente le puede permitir ser tanto poder adjudicador como persona adjudicataria⁶³, la dota de una posición

⁵⁶ MALARET GARCIA, Elisenda; PADRÓS CASTILLÓN, Xavier, *op.cit.*, p. 58

⁵⁷ MALARET GARCIA, Elisenda; PADRÓS CASTILLÓN, Xavier, *op.cit.*, p.52

⁵⁸ Así lo indica, además, del Capítulo III del Título II, la sección V del preámbulo.

⁵⁹ **Orden ICT/1466/2021**, de 23 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a actuaciones integrales de la cadena industrial del vehículo eléctrico y conectado dentro del Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica en el sector del Vehículo Eléctrico y Conectado (PERTE VEC), en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; y **Orden ICT/738/2022**, de 28 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a actuaciones de fortalecimiento industrial del sector agroalimentario dentro del Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica Agroalimentario, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁶⁰ VALLE CAMACHO, María. *op.cit.* p. 42

⁶¹ La génesis de la figura de los consorcios en el derecho italiano está brillantemente expuesta en MARTÍN MATEO, Ramón. *El consorcio como institución jurídica*. La definición entonces aportada, “técnica instrumental de base asociativa, al servicio de fines de relevancia pública”, contribuye a arrojar luz sobre la significación de la participación pública en este “instrumento”.

⁶² por ejemplo, en el paradigmático caso del PERTE del Vehículo Eléctrico Conectado, véase, por todos: <<https://www.sernauto.es/sala-de-prensa/noticias/acto-de-presentacion-del-consorcio-sonnmesyc-perte-vec>> o <<https://www2.deloitte.com/es/es/pages/manufacturing/articles/consorcio-para-crear-primer-fabrica-baterias-espana.html>>

⁶³ A excepción de los contratos *in house providing*, como se deriva de la STJUE de 11 de enero de 2005, asunto 26/03, Stadt Halle

especialmente atractiva para la gestión de los fondos.⁶⁴ En suma, se desvela una apuesta por la intervención directa en la economía, que no empece por ello la indirecta⁶⁵.

A la luz de lo expuesto, pues, no sería demasiado aventurado constatar que la desaparición de la legislación contractual de la figura del contrato de colaboración público-privada⁶⁶ - a la sazón suprimido por una acreditada falta de uso en la práctica licitatoria que bien podría indicar una tendencia por parte de la Administración española un exceso de celo en la adherencia a los procedimientos tasados; o tal vez una cierta inflexibilidad para adaptarse e incorporar planteamientos con un enfoque más dinámico- ha obligado a reajustar los procedimientos internos, para tratar de superar tendencias demasiado formalistas; y a buscar nuevas fórmulas (¡incluso “revivir” algunas ya desaparecidas!) para encauzar dinámicas que, por su naturaleza, no se pueden explicar ni vehicular desde una óptica unilateralista y excesivamente rígida⁶⁷.

IV. ¿REFORMA O TRANSFORMACIÓN? UNA PERSPECTIVA CRÍTICA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA GESTIÓN DE LOS FONDOS EN ESTADOS DESCENTRALIZADOS

La existencia de grandes reformas estructurales, al menos en cuanto a la Administración se refiere, canalizadas por ambiciosos planes traducidos en paquetes legislativos que trasladaran los cambios que se quieren incentivar fuera de la hierática estructura administrativa, no parece posible en el contexto político actual, sin que se divise en un horizonte próximo algún pacto de Estado que posibilitarían la transformación de la Administración⁶⁸, para evitar, también en este plano, un desempeño en la innovación a dos velocidades⁶⁹.

Tampoco es que ello sea nada nuevo: ni la aprobación de las leyes 39/2015 y 40/2015, ni tampoco la 30/1992 nacieron del deseo de operar reformas cuya entidad posibilitara el cambio de paradigma⁷⁰, sino que más bien obedecieron a directrices políticas, en el caso más reciente, por exigencia de la Comisión Europea, cualquiera que sea el significado que se quiera dar a esta tan común expresión. Y de hecho, como ha observado muy agudamente Santamaría Pastor, se introdujeron modificaciones “tan numerosas como secundarias”, de tal suerte que, los “retoques de detalle, poco afortunados”⁷¹, no revelan sino esta carencia de una reforma estructural profunda; que

⁶⁴ TERRÓN SANTOS, Daniel. *op.cit.*

⁶⁵ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *op.cit.*, p.76

⁶⁶ MALARET GARCIA, Elisenda; PADRÓS CASTILLÓN, Xavier, *op.cit.*, p. 57

⁶⁷ Tanto es así, que incluso cuando, con estas figuras se ha mantenido esta dinámica unilateral y dicotómica, se ha traducido en quejas por las disfuncionalidades de su diseño. BAENA, P (ET. AL) *El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en España: balance provisional y propuestas de mejora*

⁶⁸ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *op.cit.*, p.63

⁶⁹ CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*, p. 192

⁷⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*, p.35

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Ídem, p. 36

sin embargo ha hecho el sistema resultante “intransitable”⁷², como ahora se pone de manifiesto.

El problema de la reforma administrativa es, en efecto, una cuestión que adquiere autonomía en Europa a finales del s. XX (no es difícil atribuir su emergencia al renovado impulso del liberalismo en estas épocas) y de la que, con menor o mayor éxito, no hay muchas razones para extraer conclusiones demasiado esperanzadoras en cuanto al cambio acometido se refiere: fruto de la idea que el sector público y privado pueden ser gestionados del mismo modo y basadas en un intento de reducir el poder del Estado en favor de una desregulación de inciertas consecuencias.⁷³

Y es en este sentido que hay que retomar la cuestión anteriormente apuntada: la de considerar ciertos trámites, a la postre orientados a dotar de mayor garantía los procedimientos, como cuellos de botella, en el viejo debate entre eficacia y control, que por ahora parece ganar, al menos discursivamente, la primera. Pero es que como antes se intentaba argumentar, la agilización que comporta simple y llanamente la supresión de trámites de control, amén de poder considerarse “cuello de botella” únicamente asumiendo la perspectiva liberalizadora a la que se refiere Cassese, es sensiblemente preocupante, como señala el Consejo de Estado en su informe.⁷⁴

En efecto, surgen diversas dudas con relación a este particular. Apunta Salvador Armendáriz, una pregunta que entronca con todo lo expuesto hasta el momento: si tales cuellos de botella son suprimibles en favor de un interés mayor –la implementación efectiva y rápida de los fondos *next generation*–, pero aquellos se eliminan solo en relación a estos procedimientos, y para mayor confusión, se hace en un Decreto-Ley cuyo objeto es la “modernización” de la Administración; no parece razonable que se permita que tales cuellos de botella sigan existiendo para el resto de procedimientos, si realmente se busca operar una reforma de gran calado.⁷⁵ ¿Es que es el interés que guía a todos los demás procedimientos de inferior categoría al que se infiere de los fondos NGEU? Más aún: si tal trámite –en tanto que subsiste para el resto de procedimientos– continúa siendo necesario, ¿cómo se satisface ahora en aquellos procedimientos donde se ha sustituido el trámite que no ha resultado ser superfluo, el interés general al que obedecía?⁷⁶

⁷² SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *op.cit.*, p.77

⁷³ CASSESE, Sabino. *op.cit.* p. 210

⁷⁴ Consejo de Estado. Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, núm. 783/2020, p.96

⁷⁵ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *op.cit.*, p. 77

⁷⁶ VELASCO CABALLERO, Francisco. *op.cit.*, p.37

Toda vez que, tal y como sostiene Velasco, “*en general, no hay en el Real Decreto-Ley 36/2020 una redefinición profunda de los procedimientos administrativos, sino una más simple y modesta adaptación de trámites*”⁷⁷, es incompatible una rápida aplicación de esos fondos con las estructuras imperantes; si acaso debe entenderse como una oportunidad para impulsar transformaciones estructurales, no solo en el seno de la Administración, sino en distintas esferas societales, aun cuando ello escapa definitivamente el objeto de este estudio. Pero lo que es evidente, es que mientras la “reforma” obedezca a una exigencia de adaptación y de “absorción de fondos”⁷⁸, tendrá una sustantividad propia muy limitada.

Es decir, la norma sobre en la que parece haberse agotado esta pretendida reforma, el RD-Ley 36/2020, no se orienta mayoritariamente (aunque modifica algunas disposiciones y crea algunos instrumentos, ya reseñados) a introducir ni tan siquiera innovar en las formas de actuación, sino a impulsar o a imponer opciones procedimentales ya posibles⁷⁹, lo que viene a confirmar lo que apuntábamos en los párrafos precedentes: una verdadera reforma –menos aún la transformación– difícilmente se compadece con el privilegio de instrumentos ya vigentes, cuando no con el simple recordatorio de su existencia.

Todas estas problemáticas son seguramente explicables porque lo que se hace en realidad, es si acaso una reforma –cuyo alcance es más que discutible– pero no una transformación. La exposición de motivos del mencionado Decreto-Ley, de hecho, se refiere a “modernización”, y no así a transformación; y otra vez, no obedece tampoco a ningún espíritu transformador que tenga entidad y se justifique por sí mismo, sino que se subordina a la necesidad de “absorber los fondos” –tarea harto difícil habida cuenta la maltrecha capacidad administrativa española⁸⁰–, si bien se prevé la posibilidad de que sus efectos trasciendan a esta misión. Todo el RD-Ley, que opera, en palabras de Font i Llovet, como una suerte de “*ley de acompañamiento*”⁸¹, se orienta precisamente a esta necesidad de agilidad y celeridad, de acoplarse al “*agente exógeno*”⁸² que motiva la “modernización”, de gestionar los fondos. Ello es lo que explica la heterogeneidad de materias tratadas, la disparidad de disposiciones modificadas, y la diversidad de sectores normativos abordados. Y ello es, también, lo que revela la imposibilidad de realización material –si es que acaso ha existido– de una verdadera reforma⁸³, menos aún de una transformación.⁸⁴

⁷⁷ ÍDEM

⁷⁸ Preámbulo del Real Decreto-Ley 36/2020

⁷⁹ VELASCO CABALLERO, Francisco. *op.cit.*, p.38

⁸⁰ HIDALGO-PÉREZ, M., MANFREDI SÁNCHEZ, J. L. Y BENÍTEZ PALMA, E. *Capacidad administrativa y absorción de los fondos Next-Generation*, p.77

⁸¹ FONT I LLOVET, Tomás. *El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la recuperación*. p.121

⁸² FONT I LLOVET, Tomás, *Ídem*

⁸³ RAMIÓ, Carles. *La reforma administrativa para la gestión de los fondos europeos. ¿A la segunda la vencida?*

⁸⁴ FONT I LLOVET, Tomás, *op.cit.*, p.122

Si bien, es cierto que en cuanto a capacidad administrativa se refiere, la reaparición de las

Agencias –y también, la especialización de recursos humanos circunscritos a unidades temporales– es una buena noticia. La desaparición de entidades intermedias y la poca especialización de los medios humanos fue, precisamente, uno de los factores de crítica por parte de la Comisión en 2014.⁸⁵ Todo lo cual no enerva, sino que refuerza, la conclusión a la que llegábamos en párrafos precedentes. Y es que, como se ha advertido en distintas ocasiones, de un análisis empírico de los indicadores que componen la capacidad administrativa, se desprende la necesidad, especialmente en España con administraciones sobrecargadas que han de gestionar además su actividad ordinaria, de implementar efectivos sistemas de coordinación, planificación y medición del rendimiento.⁸⁶

En otro orden de cosas, en este apartado parece adecuado hacer una sucinta referencia a la cuestión de la gestión de los fondos en un Estado descentralizado como el nuestro. Y es que, a diferencia de los fondos estructurales europeos, en el mecanismo de recuperación y resiliencia no se exige la participación de los entes territoriales en el mismo⁸⁷; si bien el artículo 44 RD-Ley 36/2020, prevé la ejecución de créditos distribuidos territorialmente por las CCAA. Lo que, acompañado de la urgencia de ejecutar los fondos con rapidez, ha incentivado la centralización de la gestión de los mismos. Máxime si se atiende a la inclinación del propio plan hacia los grandes proyectos⁸⁸, lo que no impide de plano la participación autonómica ni local⁸⁹, que de hecho se ha desarrollado efectivamente dado el margen de intervención posible⁹⁰, aunque quizás no con tanta intensidad como habría sido deseable, pero desde luego tampoco con la notoria marginación de los niveles subestatales que se ha experimentado en Italia⁹¹. Nótese que no debe entenderse esta afirmación desde la óptica del papel que CCAA y Entes Locales hayan acabado por tener, en cuanto a la implementación de los fondos (ni tampoco, especialmente en el caso de estos últimos, en cuanto a “receptores” de los mismos); sino en el diseño del marco en el que se insieren.

⁸⁵ HIDALGO-PÉREZ, M., MANFREDI SÁNCHEZ, J. L. Y BENÍTEZ PALMA, E. *op.cit.*, p. 85

⁸⁷ VELASCO CABALLERO, Francisco. *op.cit.*, p.39 Aunque nada se dice de los Entes Locales, también estos desarrollan un papel de primer orden en la ejecución de los fondos, aunque por motivos de espacio no nos podemos ocupar de este particular.

⁸⁸ *Ídem*, p.39

⁸⁹ Para análisis detallados de estas cuestiones, véase, por ejemplo: GIMENO FELIU, José María. *Los fondos Next Generation. Su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial*; o VELASCO CABALLERO, Francisco. *Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales*.

⁹⁰ GIMENO FELIU, José María. *Los fondos Next Generation. Su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial*, p. 79

⁹¹ MENEGUS, Giacomo. *The Italian regionalism in the context of the Italian National Recovery and Resilience Plan*, p. 48

⁹² SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *op.cit.*, 75

También la configuración de los PERTE, el buque insignia del MRR, es acreditadora de esta tendencia: fuertemente centralizados y con nula participación territorial⁹², que a la

postre ha creado numerosos conflictos por el intento de las Administraciones autonómicas de aportar su visión al margen del instrumento⁹³.

Si ya el ámbito subjetivo de la Ley General de Subvenciones, consagrado en su artículo 3 había sido criticado por la proyección de su regulación a Comunidades Autónomas y Entidades Locales, habida cuenta su “óptica estatal”⁹⁴, y las dificultades que ello entrañaba, en relación a los fondos NGEU se puede hacer extensivo el sustrato de la crítica, que no es otra que la dificultad por parte de CCAA y Entidades Locales de acceder y gestionar unas ayudas que están configuradas desde una óptica centralista.

Lo que al fin y al cabo ha acabado por hacer colisionar, también como ha sucedido en Alemania, la representación del Estado en la Unión (que corresponde al Estado, con matices que no afectan a lo que se aborda aquí) y el diseño del marco de gestión, asumido de modo centralista, con la implementación a niveles subestatales⁹⁵. Si bien el plan diseñado por Alemania es distinto, sí se observa un elemento común con el español: la imposibilidad práctica de los municipios pequeños, cuya debilidad aconsejaría el acceso a estos fondos para financiar actuaciones que les permitieran revertirla, de acceder rápidamente a los proyectos financiados, no solo por la falta de flexibilidad para competir para conseguir financiación procedente de los fondos, sino por la complejidad de los mismos y por los medios humanos que hay que orientar a conseguir la subvención.⁹⁶ En suma, la típica disociación entre la formulación de la política y la implementación de la misma en distintos niveles que caracteriza, dicho sumariamente, los Estados descentralizados, se encuentra ante un nuevo reto con la gestión de los fondos *next generation*: incluso aceptando que la rápida respuesta que implicaba la situación en marzo de 2020 requería una importante centralización del poder decisorio; la prolongación del programa en el tiempo obliga a implementarlo desde la preservación de las competencias de los gobiernos subestatales⁹⁷.

⁹³En este sentido, la superposición de subvenciones que se han anunciado, de tal suerte que las administraciones autonómicas pretenden “complementar” los fondos obtenidos vía PERTE por parte de las empresas que lideraban un proyecto tractor, no deja de ser una manifestación más de esta lógica centralista que impera en la gestión de los fondos. Véase, a modo de ejemplo:

<https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/11/03/companias/1667501002_696789.html>

⁹⁴ GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario; PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.). *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas* p. 346-347; un debate de mucho más intenso se ha producido acerca de la “dudosa legitimidad constitucional”, en palabras de los mismos autores, por la atribución competencial del legislador en esta materia y su proyección en las CCAA y los Entes Locales, véanse págs. 348-363

⁹⁵ KÖRNER, Anna Sophia; SCHELLER, Henrik. *The EU recovery and resilience facility: federal conflicts in the development and implementation process in Germany*, p.17

⁹⁶ ÍDEM, p. 18

⁹⁷ KÖRNER, Anna Sophia; SCHELLER, Henrik. *Federal Challenges in the Implementation of the EU's Recovery and Resilience Facility in Germany*, p. 35

Y todo ello, al margen de las consideraciones que pueda merecer la peligrosa práctica de cubrir actuaciones ordinarias de la administración con cargo a fondos procedentes del Plan, como también se ha observado en Alemania⁹⁸, lo que sin duda no contribuye ni a los objetivos perseguidos por el mismo –a través del impulso de actuaciones extraordinarias por su trascendencia y entidad, así como por su finalidad– ni a su legitimación social, aspecto este último sobre el que apenas aún se ha trabajado, pero que indudablemente desplegará un destacable interés en los años próximos, por cuanto, al menos a priori, el empleo de estos fondos encierra el potencial de contribuir a la maltrecha legitimidad de las estructuras administrativas, y al fin -aun cuando pueda parecer una asociación un tanto aventurada- a la razón misma en la que sustenta el más elemental concepto del servicio público⁹⁹; si bien su despliegue implica un número no inferior de posibilidades de contribuir a instrumentalizar y reforzar los discursos tendientes a la reducción del mismo.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podríamos decir que, a la vista de los informes publicados¹⁰⁰, la experiencia no está siendo todo lo positiva que cabía esperar, en un primer momento de euforia. Hemos tratado de apuntar aquí algunos factores que lo pueden explicar, como la inexistencia de una verdadera transformación con potencial renovador, que hace temer la posibilidad de perder, otra vez, una nueva oportunidad.

Pero del sumario repaso que se ha hecho de algunos de los instrumentos incorporados, hemos de destacar el retorno de la denostada colaboración público-privada; lo que a su vez aflora muchas otras reflexiones que, definitivamente, no es este el lugar para desarrollar, pero que necesariamente se han de articular alrededor de la supresión de nuestra legislación contractual del contrato de colaboración público-privada allá por 2017 (y las causas que entonces lo motivaron); o de la necesidad de avanzar hacia modelos más dinámicos y colaborativos que puedan hacer frente no solo a las necesidades emergidas, sino al diseño de las mismas, escapando de la tradicional nota de unilateralidad. Si la gestión de los fondos *next gen* ha de cambiar radicalmente la perspectiva desde la que el derecho administrativo se ha construido en los últimos años –aunque no deje de suponer una manifestación tardía de la globalización jurídica apuntada a principios de siglo por Cassese– también lo ha de hacer en relación con las fórmulas empleadas: la recuperación de los mecanismos de fomento y la relegación de

⁹⁸ ÍDEM, p.34

⁹⁹ DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público*

¹⁰⁰ BAENA, P (ET. AL) *El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en España: balance provisional y propuestas de mejora. Administrativo*, p.12

lógica procedimentalista y unilateral de la contratación pública, para mayor gloria de la subvención¹⁰¹, que ha de llevar a replantear el viejo debate entre eficiencia y control¹⁰².

No se puede obviar, pues, que estos debates se producen en un marco asumido por el propio ejecutivo –que ha actuado desde una óptica centralista, lo cual ha hecho aflorar importantes tensiones –, en el que se caracterizan elementos de control en el seno del procedimiento como “cuellos de botella”, revelándose unas ciertas notas ideológicas en absoluto alineadas con la tendencia garantista de los últimos años.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-AMOEDO-SOUTO, Carlos Alberto. “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos.” *Revista de Administración Pública*, 2018, 205, p. 81-129.

-ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio. “Progreso y consolidación del contrato-programa en la gestión pública española”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2018, N°. 15, p. 28-43

-BAENA, P.; DE LA FUENTE, A.; DEL ALCÁZAR, J; RIESGO, J.P; SICILIA, J (coord.) “El

Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en España: balance provisional y propuestas de mejora.” *Grupo de Trabajo Mixto Covid-19. FEDEA, Estudios sobre la Economía Española*, 2023, núm. 03, p.27

-BAUZÁ MARTORELL, Felio José. “Convenios con particulares. Límites entre contrato, convenio y subvención.” *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, nº 48

-CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2006, 229 p, ISBN: 84-7351-255-3

-CREEL, J; LERON, N; SARACENO, F; RAGOT, X., “Embedding the recovery and resilience facility into the European Semester: Macroeconomic coordination gains and democratic limits” *ETUI Research Paper* , 2021, Policy Brief 2021.14.

¹⁰¹ FONT I LLOVET, Tomás, *op.cit.* p.142

¹⁰²Sin olvidar, como apuntaba ya García de Enterría, que la “*aplicación no es nunca simple automatismo, particularización de los mandatos generales y abstractos, sino que reproduce siempre necesariamente en alguna medida el mismo proceso de valoración material o política reflejado en la fase de creación normativa*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho*

- DEACONU, Ș., LUPU, A. “EU Public Procurement Policy”. En: OSZTOVITS, A., BÓKA, J.(eds.) *The Policies of the European Union from a Central European Perspective*. Miskolc, Budapest: Central European Academic Publishing. 2022, pp. 119-138
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, edición 2022, 198 págs.
- ESTEVE PARDO, José. “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, nº 69, p. 4-11
- FONT I LLOVET, Tomás. “El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la recuperación”. *Cuadernos de Derecho Local*, 2021, nº 55, p. 115-142
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario; PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.). *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*. Pamplona: Thomson Reuters, 2018, 1179 p., ISBN: 978-84-9177-633-8
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974 (2ª edición), 165 p.
- GIMENO FELIU, José María. “El desafío de fondos next generation como elemento de transformación de la gestión pública”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2021, nº 20 extra, p. 21-41
- GIMENO FELIU, José María. “Los fondos Next Generation. Su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial”. *Informe Comunidades Autónomas*, 2021, nº 2021, p. 59-90
- GIMENO FELIU, José María. “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”. *Cuadernos de Derecho Local*, 2021, nº 55, p. 88-114
- HIDALGO-PÉREZ, M., MANFREDI SÁNCHEZ, J. L. Y BENÍTEZ PALMA, E. “Capacidad administrativa y absorción de los fondos Next-Generation”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 2022, nº 29, p. 72-87
- KÖRNER, Anna Sophia; SCHELLER, Henrik. “The EU recovery and resilience facility: federal conflicts in the development and implementation process in Germany”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, diciembre de 2021, nº 22, p. 13-20
- KÖRNER, Anna Sophia; SCHELLER, Henrik “Federal Challenges in the Implementation of the EU’s Recovery and Resilience Facility in Germany”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 2022, nº 29, p. 23-37.
- MALARET GARCIA, Elisenda; PADRÓS CASTILLÓN, Xavier. “La col·laboració publicoprivada en el procés d’execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organitzatives i formes contractuals,

l'especial rellevància de les subvencions". *Revista Catalana de Dret Públic*, 2021, nº 63, p. 39-60

-MARTÍN MATEO, Ramón. "El consorcio como institución jurídica". *Revista de administración pública*, 1970, nº 61, p. 9-42

-MENEGUS, Giacomo. "The Italian regionalism in the context of the Italian National Recovery and Resilience Plan". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 2022, nº29, p. 38-51

-NOGUERA DE LA MUELA, Belén. "Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos." *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 18, p. 32-55.

-SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. "Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el derecho administrativo." *Revista Catalana de Dret Públic*, 2021, nº63, p. 61-80

-SARTORI, Giovanni. "Concept Misformation in Comparative Politics", *American Political Science Review*, 1970, nº LXIV(4), p. 1033-1053.

-SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2016, 4ª edición, 873 p., ISBN: 978-84-9890-313-3 (Tomo II)

-SCHRAMM, Lucas; KROTZ, Ulrich; DE WITTE, Bruno. "Building 'next generation' after the pandemic: the implementation and implications of the EU Covid recovery plan." *Journal of common market studies*, 2022, Vol. 60, Nº. S1, p. 114-124

-SIBINA VIDAL, M^a Carme. "Delimitación entre contrato, convenio y subvención" *Cuadernos de derecho local*, 2022, nº58, p. 118-159

-TERRÓN SANTOS, Daniel. "A vueltas con las agencias estatales. Un ente público para una crisis". *Revista española de derecho administrativo*, 2021, nº 216, p. 117-140

-VALLE CAMACHO, María. "La adaptación del ordenamiento jurídico español al instrumento de Recuperación de la Unión Europea "Next Generation EU", *Revista de Estudios Europeos*, 2023, vol. 81, p. 29-65

-VAQUER CABALLERÍA, Marcos. "La formación de conceptos en el derecho público. Un comentario". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2014, nº 99-100, p. 3005-3023

-VELASCO CABALLERO, Francisco. "Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 2021, Nº. 16, p. 33-52

OTRAS FUENTES Y RECURSOS ELECTRÓNICOS:

-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). *Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios*. Madrid: Febrero de 2014, 67 p.

-Consejo de Estado. Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, núm. 783/2020, en sesión celebrada a día 21 de diciembre de 2020.

- RAMIÓ, Carles. *La reforma administrativa para la gestión de los fondos europeos. ¿A la segunda la vencida?*, Madrid: El Blog de EsPúblico, 3 de mayo de 2021, <<https://www.administracionpublica.com/la-reforma-administrativa-para-la-gestion-de-los-fondos-europeos-a-la-segunda-la-vencida-i/>> [consulta a 23 de marzo de 2023]

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, nº 74, p.18-38