

**Propuestas del**  
**Gabinete de crisis Derecho Administrativo Fide**  
**Abril - Mayo 2020**

## **Presentación y objetivos del Gabinete:**

El pasado mes de abril, tras la declaración del estado de alarma, Fide puso en marcha este Gabinete de Crisis de Derecho Administrativo, con el objetivo de analizar los problemas y necesidades en el marco de la contratación administrativa en esta situación de emergencia.

2

El Gabinete está dirigido por **Alberto Palomar Olmeda**, Abogado en el Área de Derecho Administrativo en Broseta Abogados. Profesor Titular de Derecho Administrativo (Acreditado por la ANECA), Universidad Carlos III de Madrid. Magistrado de lo contencioso-administrativo. Miembro del Consejo Académico de FIDE y en él contamos con profesionales del ámbito, provenientes de los despachos, las empresas, la academia y la Administración Pública en su más amplio sentido.

Hemos estructurado el análisis de los temas esenciales en 3 bloques, indicamos a continuación los temas sometidos a debate en cada uno de los bloques. Fruto de este análisis los miembros del Gabinete han elaborado **12 propuestas**.

- **El ordenamiento jurídico y la pandemia**
  - Reserva de ley, sistema de fuentes y jerarquía normativa en el estado de alarma.
- **El funcionamiento y la actuación administrativa.**
  - La contratación administrativa en la situación de pandemia y el resto de la actuación administrativa.
- **Elementos esenciales de la reconstrucción. Las ayudas y subvenciones.**
  - El estado de alarma y las subvenciones: análisis de la situación y propuestas de actuación.
  - Aspectos financieros de la contratación y de la provisión de necesidades.

## 1º BLOQUE: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA PANDEMIA

### **Sesión sobre: Reserva de ley, sistema de fuentes y jerarquía normativa en el estado de alarma.**

El pasado 14 de mayo, centramos la reflexión en el sistema de fuentes en el estado de alarma, revisando en particular la relación de la LO 4/1981 con el RD 463/2020, el valor de ley de las medidas regulatorias del estado de alarma y su impugnabilidad; y la relación entre el ordenamiento jurídico de excepción y el de normalidad.

El **objetivo de esta sesión fue estudiar la escala de fuentes y el sistema de jerarquía normativa** para poder analizar el maremágnum normativo que se está produciendo. Contamos para ello con las ponencias de **Francisco Velasco y Juan José Lavilla**.

En primer lugar, se realizó una introducción sobre la vigencia de las normas que proceden de los dos ordenamientos jurídicos que regían en aquel momento: el ordinario y el del estado de alarma. Ambos están conviviendo con escala territorial, lo cual no ha sido raro en la historia, pero ahora mismo lo hacen de manera delimitada por la función que les atribuye la CE, que es la función del estado de alarma.

En el ordenamiento de alarma hay tres niveles normativos:

1. **LO 4/81**, que necesariamente forma parte del bloque de la constitucionalidad (cuyo principal problema es el art. 28.1 LOTC) y debe ser incorporada al otro bloque para evitar problemas en la práctica.
2. **RD estado de alarma y sus prórrogas**. Problemas:
  - a. Valor de ley: en su día se dijo que el RD de alarma tiene valor de ley, en un contexto muy particular (en 2012, decidiendo sobre la admisión a trámite o no de un RA) que habría que estudiar si sigue vigente hoy. El RD de alarma debería contener todas las tipificaciones sobre sanciones administrativas.
  - b. En principio se entiende que cubre las reservas de ley, puesto que admitimos su valor de ley.
  - c. Está desplazando el resto del ordenamiento jurídico.
3. **Medidas de alarma**: el ordenamiento de alarma es muy específico, exige mecanismos muy singulares: la LO 4/81 debe formar parte del bloque de constitucionalidad, el RDL tiene valor de ley, pero no es una ley por lo que no puede imponer sanciones y no puede desplazar la aplicación de otras leyes, aunque sí que es susceptible de RI.

El sistema de fuentes en el estado de alarma no es igual que en el ordenamiento habitual.

Seguidamente, se centra la exposición en el grupo normativo u ordenamiento de excepción, y su relación con el ordenamiento normal, relación que indudablemente es

de separación por razón del fin al que se orienta aquél (que es “el restablecimiento de la normalidad”, conforme al art. 1.2 LO 4/1981).

### **1. Arts. 116 y concordantes CE.**

El **art. 116.2 CE** no establece plazo de duración de la prórroga, ¿pueden las prórrogas exceder de la duración máxima inicial de 15 días? Aunque es discutible, parece a priori que sí, porque la CE limita la duración de las prórrogas en otro supuesto (ej. Estado de excepción), pero no se limita la de alarma porque no se quiere. En segundo lugar, tiene sentido que la duración inicial sea breve pero no las siguientes, porque ya exigen autorización del Congreso. En el de excepción tiene sentido la limitación porque se pueden suspender derechos fundamentales, cosa que no ocurre en el de alarma, luego se entiende que no hay problema porque la prórroga exceda los quince días.

### **2. LO 4/81, subordinada a la CE.**

### **3. RD estado de alarma (RDEA):**

La STC 83/2016 le da valor de Ley, en la medida en que desplaza a normas de tal rango. La inadmisión de un R-CA contra el RD no vulnera el 24. 1 CE por ser una norma con rango de Ley cuyo control corresponde al TC.

En todo caso, el RDEA está jerárquicamente subordinado a la LO 4/1981.

Las medidas susceptibles de ser acordadas por el RDEA son, aparentemente, un *numerus clausus* (las previstas en los arts. 11 y 12 LO 4/1981). No obstante, la referencia, contenida en el art. 12.1 de ésta, a las medidas “establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas” remite a diversos preceptos (arts. 3 LO 3/1986, 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011) en los que se contienen habilitaciones amplísimas y formuladas con un alto grado de indeterminación.

Sin perjuicio de ello, tales medidas habrán de (i) estar teleológicamente orientadas al restablecimiento de la normalidad mediante la lucha contra el supuesto fáctico (la epidemia) que legitima la declaración del estado de alarma y (ii) ser proporcionales, lo que habrá de ser apreciado en cada momento, supuesto el dinamismo de la situación a afrontar. Desde tal perspectiva, podría dudarse si medidas como la suspensión de los plazos procesales y administrativos, al menos durante el largo tiempo que llevan suspendidos, cumplen tales exigencias.

### **4. Órdenes Ministeriales dictadas por las autoridades competentes delegadas**

El RDEA habilita a las autoridades competentes delegadas (identificadas por su art. 4.2) para dictar disposiciones (art.4.3), que revisten la forma de OOMM.

Habría que distinguir dos tipos de OOMM:

- Las que se dictan en desarrollo de las medidas previstas en el RDEA. Tales OOMM están jerárquicamente subordinadas al RDEA, tiene rango reglamentario y son impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- Las que, conforme al RDEA (arts. 10.6 y 14.5), pueden modificar, ampliar o restringir las medidas establecidas por el RDEA, las cuales parecen ocupar funcionalmente la posición ordinal del RDEA. En relación con este segundo grupo de OOMM, se debate acerca de (i) su validez, ya que el primer párrafo del art. 11 LO 4/1981 parece haber creado una reserva material de Decreto para la adopción de las medidas, y (ii) su rango, ya que, puesto que tales OOMM pueden desplazar, como el RDEA, a normas con rango de Ley, les podría ser de aplicación la doctrina de la STC 83/2016 sobre el rango de Ley del RDEA.

#### **5. Decretos autonómicos:**

Conforme al art. 4 RD 514/2020, el Gobierno puede acordar medidas conjuntamente con las CCAA, correspondiendo su aplicación al Presidente de la CA. Hay dos consideraciones:

- Si se interpretara en el sentido de que el Gobierno solamente puede adoptar las medidas de desescalada conjuntamente con las CCAA, sería una vulneración de la LO 4/81, pues es el Gobierno quien tiene competencia exclusiva (el art. 7 de aquélla solo permite delegar en el Presidente de una CA si la declaración del estado de alarma afecta exclusivamente a todo o parte del territorio de una CA, lo que no es el caso).
- Se permite al Presidente de la CA solo aplicar las medidas (esto es, dictar actos administrativos), no adoptarlas (esto es, dictar normas imponiéndolas).
- Se debate si el Decreto del Lehendakari 8/2020 se ajusta o no a tales previsiones.

La regulación del estado de alarma (art 116CE y LO4/81) ha resultado ser insuficiente e inadecuada para afrontar las situaciones que la realidad acontecida ha originado; habiendo sido “desbordada” por las decisiones gubernamentales. Cuestiones como la delegación, la propia definición de las medidas contempladas en la LO 4/1981 o las consecuencias indirectas del estado de alarma sobre el conjunto del Ordenamiento Jurídico y sus instituciones más esenciales están en entredicho para una aplicación real en un supuesto como el que se ha planteado

#### **Propuestas del Gabinete derivadas de este análisis:**

1º.- La actuación normativa y de ordenación de las relaciones jurídicas, realizada durante la situación del estado de alarma, justifica una reflexión más profunda sobre el

alcance y la forma de gestión de la crisis y, específicamente, de las normas jurídicas que pueden servir para tomar las decisiones.

2º.- Es precisa la clarificación del alcance normativo de las autoridades que gestionan la alarma, la capacidad de la delegación y, en general, el deslinde competencial entre lo que puede corresponder a las autoridades del Estado y de las Administraciones Territoriales.

## **2º BLOQUE: EL FUNCIONAMIENTO Y LA ACTUACION ADMINISTRATIVA.**

### **Sesión sobre: La contratación administrativa en la situación de pandemia y el resto de la actuación administrativa.**

El pasado 3 de abril, iniciamos las sesiones del Gabinete centrando la reflexión en las medidas estrictamente referidas al estatuto de la actividad administrativa y a sus elementos esenciales y nucleares prescindiendo, por tanto, del análisis y de la mera enunciación de las medidas concretas referidas a los ciudadanos o a las empresas que tienen ese carácter específicamente vinculado al tipo de situación que trata de subvertirse. Contamos para ello con la intervención inicial de **Alberto Palomar**.

Comenzamos el análisis abordando las cuestiones de la **emergencia y las normas jurídico-administrativas, focalizado en los siguientes 5 puntos**. Este análisis contribuyó a la elaboración de un diagnóstico de la situación.

- 1) Incidencia sobre las normas administrativas de carácter procedimental.**
- 2) Efectos sobre las autorizaciones de actividad y funcionamiento**
- 3) Aprovisionamiento de bienes y servicios**
- 4) Medidas para la prestación de determinados servicios esenciales para la sociedad**
- 5) Modificaciones y contingencias presupuestarias**

#### **1) Incidencia sobre las normas administrativas de carácter procedimental.**

Incluimos en este apartado las medidas que tratan de regular el propio funcionamiento de la Administración Pública y, específicamente, el marco de las relaciones jurídicas que los ciudadanos o los interesados – en general- mantienen con las mismas.

En este marco, la disposición adicional tercera del RD 463/2020 que suspende la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. Adicionalmente se suspenden los términos y se interrumpen los plazos aplicables en todo el sector público.

Esta prescripción se completa en el propio RD 463/2020 con la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones y derechos de todo orden y condición.

Este esquema se completa en la Disposición Adicional octava del Real Decreto-ley 11/2020 que se refiere a la ampliación del plazo para recurrir.<sup>1</sup> La Disposición adicional novena produce esta misma adaptación en el ámbito de los procedimientos tributarios

El plano procedimental, aunque de una forma específica, se analiza, de nuevo en el artículo 54 del Real Decreto-ley 11/2020 que se refiere a la adaptación procedimental en el ámbito de las subvenciones y ayudas públicas.

Desde otra perspectiva, el artículo 14 del Real Decreto-ley 7/2020 establece el aplazamiento de determinadas deudas tributarias y la concesión de aplazamientos en los préstamos concedidos por determinadas entidades públicas (art. 15) Posteriormente, el artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020 establece una nueva ordenación de la suspensión de plazos en el ámbito tributario. En este ámbito incide, posteriormente, el Real Decreto-ley 11/2020 que en su artículo 53 se refiere a la suspensión de plazos en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

El Real Decreto-ley 11/2020, en su artículo 48 dicta medidas extraordinarias aplicables a los plazos de formulación y rendición de cuentas anuales del ejercicio 2019 de las entidades del sector público estatal y de rendición de la cuenta general del Estado al Tribunal de Cuentas.

## 2) Efectos sobre las autorizaciones de actividad y funcionamiento

Otro de los elementos recurrentes en la legislación que hemos ido viendo publicar estos días es la suspensión de las autorizaciones administrativas de diversa índole y condición. En unos casos suspensión directa y temporal de sus efectos, en otra

---

<sup>1</sup> El texto de la Disposición adicional octava. *Ampliación del plazo para recurrir. Es el siguiente:* «...1. El cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las Leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación.

novación, de los efectos en función de que la actividad se desarrolle o no con presencia de público o referida a una actividad con él.

El artículo 10 del Real Decreto 463/2020 suspendió la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas con la excepción de determinados establecimiento ligados a la prestación de servicios básicos para la sociedad (art. 2), los suplementos de crédito para la actualización extraordinaria de las entregas a cuenta de las comunidades autónomas (art.6), ampliación de la línea de financiación Thomas Cook para atender al conjunto de empresas establecidas en España incluidas en determinados sectores económicos (art.12).

### 3) **Aprovisionamiento de bienes y servicios**

Este es, sin duda, uno de los marcos relevantes, de la actuación en casos de emergencia. La Administración se ve en la necesidad de allegar bienes y recursos para su propio funcionamiento, para la solución de la emergencia y, en muchos casos, para los ciudadanos y los interesados que perciben la situación que genera la emergencia de una forma más concreta y necesitan, por tanto, con especial intensidad la subvención de sus necesidades.

La medida más genérica es la prevista en el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 que convierte todos los contratos necesarios para hacer frente a la crisis sanitaria, en este caso, es contratos que se adjudican por el procedimiento de emergencia a que se refiere el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Adicionalmente se añade que <<... En estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente. 3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 podrá realizarse a justificar. ...>>.

Este esquema se completa con la visión o la perspectiva de la contratación en el extranjero. En este caso, el artículo 16.4 del RDL 7/2020 el que señala que: <<... 4. Cuando la contratación para la atención de estas necesidades deba producirse en el exterior, porque los contratos se formalicen o ejecuten total o parcialmente en el extranjero, la formalización de los contratos corresponderá al Jefe de la Misión o Representación Permanente, con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de éste sea absolutamente indispensable para la ejecución del contrato, por requerirlo así la atención de las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, y así



se acredite en el expediente. No obstante, esta competencia podrá avocarse por el titular del departamento Ministerial competente por razón de la materia. Los contratos deberán formalizarse por escrito y se sujetarán a las condiciones pactadas por la Administración con el contratista extranjero.

Los libramientos de los fondos a los que se refiere el apartado tercero de este artículo podrán realizarse bien a favor de cajeros en España, bien a favor de cajeros en el exterior, manteniéndose la gestión financiera en el ámbito del Ministerio de Sanidad y con cargo a su presupuesto, sin perjuicio de que pudiera realizarse igualmente el pago en firme a través del cajero de pagos en el exterior. No obstante, la persona titular del ministerio de sanidad podrá delegar esta competencia de gestión financiera en órganos o entidades, sean o no dependientes.

Cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, en la forma prevista en el apartado 2. El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado. ..>>.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 8/2020 establece un conjunto de medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del Covid-19. En esencia, los contratos públicos de servicios y suministros de prestación sucesiva quedaban suspendidos total o parcialmente siempre que su ejecución deviniera imposible como consecuencia del Covid-19. Por su parte, en los contratos de obras se admite la posibilidad de la suspensión o, en supuestos específicos en función del nivel de ejecución la solicitud de prórrogas en su ejecución.

Un paso más se da en la Disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2020 que modifica – incluso con efectos retroactivos- la regulación de los contratos y, específicamente las reglas de suspensión a las que nos hemos referido.

De nuevo, aparece aquí la doble perspectiva a la que nos venimos refiriendo: necesidades de la Administración y necesidades de la Administración frente a los ciudadanos. Mientras en el primero de los supuestos las normas que se han ido dictado lo que buscan es no recibir una prestación que no se precisa en esta situación de crisis, la segunda – efectos prestacionales frente a terceros- exige algunos instrumentos jurídicos que se presenten como más eficaces porque realmente si algo se ha percibido mal o con evidente inseguridad por la Administración es la tardanza en allegar recursos que, desde el principio, se han presentado como imprescindibles para la supervivencia, para evitar situaciones de mayor intensidad o para la mejor prestación de determinados servicios públicos. Si algo ha quedado en evidencia es que la mera habilitación de la tramitación de emergencia no resulta

suficiente en si misma, especialmente, cuando los proveedores no son nacionales y cuando la propia disponibilidad del producto puede estar condicionada o restringida por razón del número de unidades o de productos disponibles.

#### **4) Medidas para la prestación de determinados servicios esenciales para la sociedad**

El artículo 4º del Real Decreto-ley 4/2020 se refiere a las medidas para garantizar el agua y la energía a los consumidores vulnerables, el artículo 18 se refiere a la garantía del mantenimiento de los servicios de comunicaciones electrónicas y conectividad de la banda ancha, el artículo 19 a la garantía en la prestación del servicio universal de telecomunicaciones.

Posteriormente, el artículo 42 y ss. del Real Decreto-ley 11/2020 se refiere a la flexibilización de los contratos de suministro de electricidad para autónomos y empresas, el artículo 43 a la flexibilización de los contratos de suministro de gas natural.

#### **5) Modificaciones y contingencias presupuestarias**

Este es, sin duda, y como señalábamos al principio otra de las carencias más evidente. Históricamente el Tribunal Supremo denominaba la legalidad presupuestaria como una legalidad interna, propia de la Administración con una escasa trascendencia externa en las relaciones con los interesados. La popularización del presupuesto, los límites para operar en el mismo, el control de las autoridades europeas y, finalmente, el papel que el mismo tiene en el conjunto de la relación y funcionamiento de la Administración hace que ya no pase desapercibido y que se haya introducido en el ámbito público la máxima: no sin el presupuesto, no sin las adaptaciones presupuestarias.

Esto ha conducido a que estos días hayamos podido presenciar operaciones de todo orden para habilitar las modificaciones presupuestarias, de un lado, y, de otro, conseguir que exista más dinero disponible para atender la emergencia sin perjuicio claro está, que esto tendrá el efecto posterior del incremento del déficit público y, consiguientemente, de los niveles de deuda o endeudamiento público.

En relación con la primera de las cuestiones planteada, el Real Decreto- ley 7/2020 se refiere, por ejemplo, a la actualización de las entregas a cuenta de comunidades autónomas. El artículo 2 del Real Decreto -ley 8/2020 incide, posteriormente, en la distribución del Fondo Social extraordinario entre las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

El Real Decreto ley 7/2020 establece la habilitación para la realización de transferencias de crédito con el límite temporal de la aprobación de la nueva ley y presupuestos Generales del Estado. Estas transferencias de crédito pueden

realizarse entre secciones presupuestarias y siempre que lo sea para atender necesidades ineludibles.

El capítulo III del Real Decreto-ley 8/2020 establece un conjunto de medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias que incluyen desde líneas de crédito, ampliación del límite de endeudamiento, la cobertura extraordinaria de la actividad aseguradora

Por su parte, el Capítulo II del Real Decreto-ley 11/2020 establece otro conjunto de medidas para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias consecuencia del Covid-19 que van desde la modificación del momento para la aportación de garantías en los préstamos, la refinanciación de los préstamos públicos, reglase sobre la devolución de gastos y concesión de ayudas por cancelación de actividades de promoción

El artículo 49 del Real Decreto-ley 11/2020 se refiere a las disponibilidades líquidas de los organismos autónomos y a otras entidades integrantes del sector público estatal con la finalidad de generar crédito en la Sección 35 <<Fondo de contingencia>> para atender los gastos de la crisis sanitaria

La línea de las medidas es, por tanto, clara: habilitar o flexibilizar el principio de especialidad presupuestaria y dotar al tesoro de más fondos para conseguir el cumplimiento de las nuevas obligaciones derivadas de la situación de emergencia.

### Diagnóstico de la situación:

Las necesidades genéricas de una crisis podrían ser objeto de sistematización mediante norma de adecuado rango que clarificara:

- A) Las relaciones entre el Real Decreto de alarma y las normas sectoriales dictadas al amparo del mismo y, específicamente, el juego de la reserva de ley en la regulación de las respectivas relaciones jurídicas.
- B) El marco procedimental común en el que desenvolver establemente las situaciones de emergencia sin que afecten a las garantías esenciales del procedimiento y aunque, claro está, establezcan estas garantías en forma diferencial a la prevista comúnmente.
- C) Específicamente en materia de contratación administrativa la regulación puede ser insuficiente cuando se trata de necesidades apremiantes y que son objeto de compra en el extranjero. En ellas la selección del contratista y las demás garantías quedan ciertamente difuminadas, así como la capacidad de control sobre la actuación administrativa en la materia.
- D) La conexión del procedimiento administrativo con los principios esenciales de la legalidad presupuestaria puede resultar, igualmente, complejos y, sobre todo, ineficaces para los fines que se buscan.

- E) Sería necesario establecer algún mecanismo en relación con el equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la eficiencia y las desviaciones de una y otra en el marco de estas situaciones de crisis

### Propuestas del Gabinete derivadas de este análisis:

1º.- Establecer un marco común y estable que regule los aspectos jurídico-administrativos de las situaciones de emergencia y, específicamente, que evite al legislador de urgencia tener que opera en la construcción de un Ordenamiento ad hoc que se suscita como un terreno complejo y en el que es difícil acertar.

2º.- Establecer algún mecanismo de financiación inmediata de la emergencia que permita los pagos anticipados y, en general, utilizar los fondos necesarios para las adquisiciones que sean precisas para subvenir las necesidades en estos momentos.

3º.- Establecer un esquema de garantías mínimas en la actuación administrativa que controle, aunque sea a posteriori, la actuación administrativa y permita la exigencia de responsabilidades intrínsecas a la propia relación jurídica (Garantías, servicios post-venta, repuestos, etc...).

4º.- Precisar el alcance real de la potestad normativa delegada que se atribuye a las autoridades en el marco de la alarma y la escala de fuentes en la que la misma opera en relación con las materias objeto de reserva de ley.

### 3º BLOQUE- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RECONSTRUCCION. LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES.

#### **Sesión sobre: El estado de alarma y las subvenciones: análisis de la situación y propuestas de actuación**

El pasado 27 de mayo, abordamos el tema de las subvenciones, analizándolas desde el punto de vista jurídico, presupuestario y de ordenación general de las mismas. Para ello, contamos con las intervenciones de **Antonio Rodríguez Castaño, Santiago Martínez Argüelles e Ignacio Fernández-Huertas Moraga.**

#### **En primer lugar, analizamos el impacto de la crisis del Covid sobre las perspectivas macroeconómicas, fiscales.**

Se prevé que incremento del déficit ligado únicamente a las medidas adoptadas para paliar el Covid será de entre 3 y 4.2 puntos, dependiendo de la severidad de la crisis. Incluyendo medidas de todo tipo y de todas las administraciones públicas (gobierno, autonómicas, corporaciones locales a través de las EELL sometidas a vigilancia por la AIREF) siempre supervisando el lado del ingreso y del gasto. El gasto sanitario incrementa entre 0.6 - 0.9 puntos del PIB, también las sustituciones de rentas como ERTES o ayudas para autónomos, hemos constatado que una de las herramientas más

socorridas por EELL y CCAA han sido las subvenciones, que constituyen una vía rápida para sostener a familias y empresas. Con la desescalada, se está dando una mayor variedad de subvenciones para fomentar la recuperación económica. Otro punto a analizar será la perspectiva internacional, pues todo esto no está ocurriendo únicamente aquí sino también en los países de nuestro entorno. En este sentido, la CE ha expresado su preocupación por que países como Alemania estén aportando muchas ayudas de estado como la compra de Lufthansa y otras ayudas directas, que suponen casi el 50% del total de las ayudas. La lógica de las ayudas de estado en el marco de la UE es para mantener una competencia a nivel europeo sana, pero parece que van a salir más dañadas las empresas de unos países que las de otros.

La AIREF recibió el encargo del gobierno de llevar a cabo una revisión de todo el gasto público “spending review”, centrándose en la primera fase en las subvenciones, luego las conclusiones que alcanzan en sus distintos proyectos tienen especial relevancia en contextos de crisis. Son siete proyectos: análisis transversales de subvenciones (salida de fondos públicos sin contraprestación directa), medicamentos con receta, políticas activas de empleo, determinados programas de ID+I, competitividad empresarial, correos por el servicio público universal. Inciden en la importancia de la planificación estratégica y la evaluación de las políticas públicas, que permite realizar un buen análisis de eficacia y eficiencia para los problemas que estamos enfrentando, y supervisar si las subvenciones han cumplido el objetivo para el que fueron diseñadas.

También hay que distinguir entre las medidas que tienen carácter exclusivamente temporal y deben acabar a la vez que la situación que les dio origen, y las que van a ser estructurales, y que no deben ser sufragadas con más deuda, sino también con herramientas estructurales.

En segundo lugar, cabe destacar que el importe de las subvenciones concedidas durante 2018 ascendió a 21.177 millones de euros, de los cuales la mayor parte fueron otorgados por las Comunidades Autónomas, aportando la Administración General del Estado solamente 6.007 millones de euros. Uno de los fundamentos económicos de la intervención del Estado es la existencia de externalidades, sobre las que se debe intervenir para evitar que distorsionen el funcionamiento del mercado. Éstas aparecen a consecuencia de fallos en el mercado, pues los precios a priori solamente recogen el coste que las empresas soportan, pero no incorporan los que producen a otros miembros de la sociedad. Las empresas no internalizan los otros costes generados por su actividad (ej. contaminar). Las externalidades negativas se corrigen a través de impuestos o prohibiciones; mientras que las positivas exigen acción pública directa, que se puede instrumentar a través de subvenciones.

El Ministerio de Industria concedió en 2018 un total de 4.677 subvenciones, el 84% son inferiores a 10 mil euros y un 20% inferiores a 1.000 euros. El reducido importe de un número significativo de subvenciones debe alertar acerca de los costes de gestión que las subvenciones pueden tener, tanto para la Administración como para los beneficiarios, y que en algunos casos puede superar al su importe real... Estas situaciones generan una gran ineficiencia, puesto que no sólo hay un coste de la gestión

directo de la entrega de la subvención, sino porque cada subvención genera unos costes adicionales asociados a la comprobación, inspección y, en su caso, control externo

Respecto a la pregunta sobre si el mejor una subvención o acudir al beneficio fiscal, se menciona que la medición de los efectos de los beneficios es muy difícil y puede ser socialmente regresivo. La dimensión de la equidad es muy importante y cada vez más mayor. La subvención requiere gestión, pero si está bien diseñada permite discriminar perfectamente a los destinatarios y apoyar solo las situaciones que lo requieran. No se deben asociar “subvención” con una ayuda para los pobres. Se trata de un instrumento para la intervención económica y social que, para ser eficaz, debe ir acompañada de un refuerzo normativo tanto en el medio plazo (revisión de la LGS) como en la urgencia (a raíz del Covid ahora mismo se están atendiendo muchas prioridades gracias a subvenciones, pero llegará un momento en que haya que revisar todo). En este sentido, la crisis del Covid está generando urgencias, que se están atendiendo con recursos provenientes de subvenciones concedidas para otros objetivos, cuyo cambio de destino debería tener alguna cobertura legal para evitar desagradables situaciones dentro de un tiempo, en el momento en el que se produzca el control externo del uso de las subvenciones.

Parece que, de cara al público, la diferencia es que el beneficio fiscal tiene buena prensa y la subvención mala, aunque ésta es más transparente y no está sujeta a secreto tributario, por lo que cabe decir que es en cierto modo preferible. En ambos casos, es necesario evaluar la eficacia de estos instrumentos, de acuerdo con la AIREF, y además destaca la falta de planificación de las políticas públicas. A este respecto surgió la necesidad del informe de planes estratégicos de subvenciones, pero no se ha regulado su obligatoriedad ni las consecuencias de su incumplimiento, y la LGS no los define en su art. 8. Es por esto que se estima tan necesaria la colaboración jurídica, pese a que los planes deben ser diseñados por economistas, pero requieren definición jurídica

Las subvenciones necesitan control, objetivos e indicadores, en definitiva, un plan y dicho plan exige una carga jurídica obligatoria, con rango reglamentario, y establecer la vinculación entre una subvención, un objetivo de la misma, y un plan estratégico que recoja ambas cosas. Esto permitirá controlar su eficacia, y mejorar el control interno, sin entrar a valorar si establecemos mecanismos de auditoría, fiscalización previa, etc.

**En segundo lugar**, hay que hablar de la situación actual de las subvenciones y de la necesidad de **replantarse si los objetivos históricos son los actuales** y, por tanto, sobrevive la necesidad de fomento.

### Propuestas del Gabinete derivadas de este análisis:

1º.- El marco jurídico de las subvenciones, las ayudas, beneficios o deducciones tributarias exigiría una reformulación conceptual que nos permita conocer de antemano

su finalidad, los objetivos a conseguir y dotarse, además, de instrumentos que permitan evaluar el cumplimiento de los objetivos.

2º.- Sería preciso analizar si, en una situación como la presente, de cambio en los paradigmas de gasto y de las necesidades de la sociedad, se pueden establecer de manera conjunta elementos de redefinición y de reorientación.

3º.- La formulación estratégica es un elemento central que no siempre ha tenido la implantación suficiente en nuestro Ordenamiento ni en el funcionamiento administrativo.

### **Sesión sobre: Aspectos financieros de la contratación y de la provisión de necesidades**

El pasado 22 de abril, analizamos la incidencia de la crisis en el ámbito de la contratación administrativa y los mecanismos utilizados para solventar las necesidades perentorias del momento. Para ello, contamos con **José María Santacana, David Mellado y Alberto Palomar**.

Se inició el debate haciendo alusión a los **aspectos financieros de los expedientes de contratación** (el art. 120 de la LCSP remite a la Ley General Presupuestaria en lo referente a la tramitación de los contratos de emergencia), pues una **preocupación importante es el coste que va a suponer esta crisis. La aplicación de la LGP plantea una doble problemática: por un lado, la financiación de las actuaciones declaradas de emergencia, y por otro, la inoperancia del principio de servicio hecho.**

La primera se podría solucionar con la creación de un **fondo de contingencia**, que se pondría a disposición del Presidente del Gobierno, y que además tendría utilidad en caso de no ser necesario, pues se podría destinar a la amortización de deuda pública emitida para financiar los gastos derivados de la emergencia del Covid 19.

En cuanto a la segunda, sucede que durante el estado de alarma se están celebrando múltiples contratos en el extranjero para adquirir productos básicos, y los contratistas están exigiendo cobrar con anterioridad a la entrega los suministros y sin presentación de aval, lo que ha llevado a **modificar la redacción del art. 21.2 de la LGP** (que exige que el contrato esté realizado o se pueda avalar para proceder con el pago al contratista) para posibilitar este tipo de pagos en los supuestos derivados del estado de alarma. A este respecto, surge la duda de si sería conveniente modificar dicho artículo considerando la posibilidad de hacer este tipo de pagos en los estados de alarma y cuando se den los supuestos excepcionales contemplados en la modificación aprobada por el artículo 16.2 del Real Decreto Ley 7/2020. Y en todo caso **sólo permitir este tipo de forma de reconocimiento de las obligaciones cuando éstas se realicen con cargo al mencionado hipotético fondo de contingencia**. Asimismo, sería conveniente modificar el artículo 60 de la LGP para permitir los anticipos de tesorería en situaciones de emergencia.



Un problema añadido a este respecto es la comprobación de que la recepción de los suministros se lleva a cabo correctamente en tiempo y forma para garantizar transparencia, eficacia y eficiencia; así como la gestión del abastecimiento, ligado al estado de alarma.

En cuanto a los objetivos de déficit para 2020, se menciona que si bien el objetivo aprobado en febrero era del 1.8% a nivel nacional, desde UE ya se está estimando que el déficit español va a rondar el 8% o incluso el 9%. Las tensiones financieras derivadas de esta crisis no tienen cabida en un presupuesto que lleva prorrogado desde 2018, y se debe tener en cuenta que las medidas adoptadas hasta la fecha seguramente sean insuficientes para contener dicha crisis, pues los meses en los que estamos entrando suponen, habitualmente, un aumento del ingreso público (IVA, retenciones IRPF, pagos a cuenta de IS, e impuestos especiales) que ahora mismo no se está produciendo.

Para tratar de evitar dichas tensiones financieras, se hacen necesarias también medidas de tesorería, para poder ordenar el pago derivado de las actuaciones declaradas de emergencia. Esta medida se ha llevado a cabo mediante transferencias a la cuenta del Tesoro Público de las disponibilidades líquidas de los organismos autónomos y otras entidades integrantes del sector público estatal, y que previsiblemente dejará a muchos organismos sin tesorería, con el consiguiente incremento de la morosidad del sector público. A este respecto, son cuestionables tanto el automatismo con el que han de operar dichos traspasos, pues bien pudiera entenderse que es preciso el acuerdo de los órganos de gobierno de las entidades afectadas, como si la medida debe afectar a todas las entidades públicas o no. Dicho aumento de la morosidad en el sector público, sumado a la disminución de ingresos anteriormente mencionada, agrava considerablemente el panorama económico.

A este respecto, se ha llevado a cabo una movilización de cuotas de formación pagadas por las empresas al desempleo (medida ya prevista en el RDL 11/2020), y se sugiere modificar el art. 60 de la LGP, que regula los requisitos de los anticipos de tesorería, pues evitaría tener que depender de los anticipos por parte de organismos autónomos para hacer frente a situaciones de emergencia. Cabe mencionar que el art. 49 del RDL 11/2020 remite al 45 de la LGP, que pone a disposición del sector público estatal los excedentes de tesorería de organismos autónomos, por lo que la modificación de dicho art. 60 de la LGP tendría sentido para evitar que una excesiva prudencia pueda operar en nuestra contra.

#### Sobre **publicidad y transparencia** durante el estado de alarma:

El art. 154 de la LCSP no hace referencia expresa a la publicación de los contratos adjudicados durante la emergencia, pero además las plataformas, tanto estatales como autonómicas (salvo excepciones), están remitiendo instrucciones y publicando los contratos que se adjudican. Esto facilita la interposición de recurso contencioso-administrativo. La publicidad en la plataforma a efectos de potencial recurso debe



hacerse al amparo de lo dispuesto en dicho art. 154. Aunque no se hace mención expresa en el art. 120, se considera exigible publicar los contratos celebrados durante la emergencia en términos de transparencia, para que la ciudadanía sepa qué contratos públicos se están adjudicando.

Respecto a los criterios de transparencia, el art. 120 exige también la rendición de cuentas y el reintegro de los fondos no invertidos.

En un plano de **control económico**, cabe destacar:

- La omisión de procedimiento administrativo en la elaboración de resoluciones, actos y disposiciones adoptados con base en el RDL 463/2020 (que establece en su artículo 4 la supresión de las memorias económicas). Suscita la duda de si es razonable que las medidas paliativas de carácter socioeconómico, adoptadas mediante decreto y limitadas temporalmente, se hagan al margen de dicho procedimiento, pues si bien se entiende la buena intención subyacente, se considera también deseable justificar el impacto económico de las medidas, tanto aquellas que supongan coste a la Administración, como las que afectan a la ciudadanía y a las empresas.
- En segundo lugar, sobre la tramitación de expedientes sin crédito: mencionar que con carácter general no está permitida, pues el órgano gestor contratante está obligado a comprobar la existencia de crédito adecuado y suficiente para tramitar los correspondientes contratos y efectuar la oportuna retención de crédito. Lo contrario impediría saber si, al momento de adquirir un compromiso, existe o no disponibilidad presupuestaria, empujando a un gasto sin control y sin posibilidad de dimensionar la situación real, con las correspondientes consecuencias en términos de déficit público. Sí se admite, no obstante, la tramitación sin crédito de un contrato de emergencia.
- También se critican algunas medidas normativas (Ej. Decreto de 18 de marzo de Castilla-La Mancha, por el que se aprueban medidas extraordinarias de carácter económico-financiero y refuerzo de medios frente a la crisis ocasionada por el COVID-19) por haber dado prioridad al pago a las PYMES; pues dicha priorización puede entenderse discriminatoria para otros acreedores.

Se sugiere interpretar la ampliación de plazo para el restablecimiento de las concesiones (art. 34.4. RDL 463/2020) de manera flexible, pues numerosos concesionarios se han visto obligados a variar su actividad.

Por último, se hace una mención al concepto de fuerza mayor, que en el apartado 5º de la exposición de motivos del RDL 15/2020 es definido, no en base a la construcción doctrinal del Código Civil, sino a la configuración normativa actual; por lo que cabe preguntarse si todos los supuestos de imposibilidad de cumplimiento quedan amparados por esta regulación.

Se acuerda, para una próxima sesión, realizar una exposición sobre la escala de fuentes en el estado de alarma, y debatir sobre ella.

### Propuestas del Gabinete derivadas de este análisis:

18

1º.- Sería preciso articular algún sistema que permita realizar la contratación en situaciones de crisis como las vividas. Este mecanismo debería establecer cuando y en qué condiciones se puede utilizar la contratación de emergencia

2º.- Sería preciso asegurar la operatividad real de los principios de transparencia, objetividad y, específicamente, el derecho de recurso.

3º.- Debería articularse algún procedimiento para adaptar los criterios comunes de eficiencia y eficacia en este tipo de contratación.

### **El Gabinete de crisis Derecho Administrativo está integrado por los siguientes profesionales: (\*)**

1. **Mariano Bacigalupo Sagesse**, Profesor Titular de Derecho Administrativo, UNED. Miembro del Consejo Académico de Fide.
2. **Juan Carlos Calvo Corbella**, Director General adjunto al Presidente para Asuntos Legales, Urbaser.
3. **Antonio Descalzo González**, Profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.
4. **Rafael Domínguez Olivera**, Abogado Del Estado-Jefe, Ministerio de Fomento. Miembro del Consejo Académico de FIDE.
5. **Ignacio Fernández-Huertas Moraga**, Director de la División de Análisis Presupuestario, AIReF.
6. **Lucía Gutiérrez García**, Registradora Central de la Propiedad Intelectual.
7. **Alejandro Jiménez Marconi**, Director Jurídico, Suez-Spain.
8. **Juan José Lavilla Rubira**, Letrado de las Cortes Generales (exc.), Profesor Titular de Derecho Administrativo y Abogado.
9. **Santiago Martínez Argüelles**, Subdirector Técnico del Tribunal de Cuentas. Profesor Titular de Economía Aplicada, Universidad de Oviedo
10. **Juan Martínez Calvo**, Socio responsable del área de infraestructuras y energía, Simmons & Simmons.
11. **David Mellado Ramírez**, Socio de PWC. Abogado del Estado. Miembro del Consejo Académico de Fide.
12. **José Antonio Morillo Velarde del Peso**, Jefe de la Asesoría Jurídica, Puertos del Estado.
13. **Alberto Palomar**, Abogado en el Área de Derecho Administrativo en Broseta Abogados. Profesor Titular de Derecho Administrativo (Acreditado por la

- ANECA), Universidad Carlos III de Madrid. Magistrado de lo contencioso-administrativo. Miembro del Consejo Académico de FIDE
14. **Diego Pérez Martínez**, Abogado del Estado. Director de la División Jurídico-Institucional, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, Airef.
  15. **Antonio Rodríguez Castaño**, Socio Director de Rodríguez Castaño Abogados y Letrado del Tribunal de Cuentas en excedencia.
  16. **José María Santacana Gómez**, Interventor Delegado Jefe, Intervención Delegada, Ministerio de Fomento, Intervención General de la Administración del Estado.
  17. **María José Santiago Fernández**, Presidenta, Oficina Independiente de Regulación y Ordenación de la Contratación y Oficina Nacional de Evaluación.
  18. **Francisco Velasco**, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

**Dirección del Gabinete: Alberto Palomar Olmeda**, Abogado en el Área de Derecho Administrativo en Broseta Abogados. Profesor Titular de Derecho Administrativo (Acreditado por la ANECA), Universidad Carlos III de Madrid. Magistrado de lo contencioso-administrativo. Miembro del Consejo Académico de FIDE

**Coordinación Académica: Victoria Dal Lago Demmi**, Fide

*Todos los profesionales que han participado en este grupo de trabajo de Fide, lo han hecho a título personal y no en representación de las entidades, despachos, Universidades, empresas, o Ministerios, donde llevan a cabo su labor profesional, por lo que estas conclusiones no reflejan y no recogen posturas institucionales sino particulares de cada uno de los miembros del grupo.*

*(\*) Todos los profesionales que se incluyen en esta relación de miembros del Gabinete aparecen con el cargo que ostentaban durante el desarrollo de las sesiones de análisis y reflexión del Gabinete.*