

Entra en vigor el nuevo Reglamento Financiero de la Unión Europea.

Principales implicaciones para los operadores privados

El artículo analiza el impacto que para empresas y operadores privados tiene el nuevo Reglamento Financiero de la Unión Europea, en materia de subvenciones y, especialmente, de contratación pública, haciendo hincapié en la extensión y reforzamiento del sistema de protección de los intereses financieros de la Unión.

LAURA LENCE DE FRUTOS

Asociada del Área de Competencia y de Derecho de la Unión Europea de Gómez-Acebo & Pombo

MIGUEL TRONCOSO FERRER

Socio del Área de Competencia y de Derecho de la Unión Europea de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El 16 de mayo de 2022, la Comisión Europea (“la Comisión”) presentó una propuesta de reglamento sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión. Tras haber examinado esta propuesta, los legisladores de la Unión (el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión

Europea) adoptaron, en primera lectura, el nuevo reglamento el 17 y el 19 de septiembre de 2024, respectivamente. Tras la firma del texto aprobado el 23 de septiembre de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de septiembre de 2024 el Reglamento 2024/2509, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (“el Reglamento

Financiero”¹). El Reglamento Financiero empezó a ser aplicable el 30 de septiembre de 2024.

Los principales objetivos del Reglamento Financiero son: (i) armonizar su contenido con el Marco Financiero Plurianual 2021-2027, (ii) simplificar, actualizar y corregir la normativa financiera de la Unión, resultado de una serie sucesiva de reformas del anterior reglamento, (iii) adaptar esta normativa a las necesidades de una gestión eficiente de situaciones de crisis (iv) mejorar la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

Vistos estos objetivos, los legisladores han descartado proceder a una mera revisión del anterior reglamento, refundiendo, reescribiendo y reorganizando el texto para mejorarlo en claridad y coherencia, introduciendo al tiempo cambios sustanciales con respecto al existente.

En esta nota nos vamos a centrar en analizar los dos principales aspectos que afectan a los operadores privados como posibles perceptores de fondos de la Unión Europea, especialmente en procesos de contratación pública con instituciones y agencias de la Unión. Se trata de las modificaciones introducidas con respecto a (i) la protección de los intereses financieros y (ii) la aplicación del Reglamento de subvenciones extranjeras² a las licitaciones cu-

biertas por el Reglamento Financiero.

2. Reforzamiento de los sistemas de protección de los intereses financieros de la Unión

2.1. El sistema de detección precoz y exclusión

El sistema de detección precoz y exclusión (“EDES”, por sus siglas en inglés³) previsto en el Reglamento Financiero, y reforzado con respecto al ya existente, tiene por objeto proteger los intereses financieros de la Unión frente a personas y entidades que supongan un riesgo para estos intereses; se traduce en la exclusión de estas personas y entidades, durante un período limitado (entre tres y cinco años), de la participación en procedimientos de licitación europeos y de programas o proyectos financiados o subvencionados con fondos de la Unión.

El EDES instaure un listado de situaciones de exclusión. Si un operador se halla en una de ellas, puede ser excluido por el ordenador de fondos competente. Algunas de las situaciones de exclusión previstas en el Reglamento Financiero son: fraude, corrupción, concurso de acreedores o procedimiento de insolvencia similar, vulneración de los derechos de propiedad intelectual,

¹ Reglamento (UE, Euratom) 2024/2509 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2024, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, (versión refundida), DO L, 2024/2509, 26.9.2024.

² Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, DO L 330 de 23.12.2022, p. 1-45 (“RSE”).

³ Early Detection and Exclusion System.

violación grave de un compromiso jurídico suscrito con la Unión Europea, y celebración con otras personas o entidades de un acuerdo destinado a falsear la competencia.

El Reglamento Financiero añade nuevos motivos de exclusión: (i) la negativa a cooperar en investigaciones, comprobaciones o auditorías realizadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (“OLAF”), la Fiscalía Europea, el Tribunal de Cuentas o un ordenador de pagos, (ii) la incitación al odio o discriminación, cuando dicha conducta pueda incidir negativamente en la

dará al ordenador si debe adoptarse una decisión de exclusión y, en su caso, de qué duración, en caso de que la sentencia firme o decisión definitiva no se haya pronunciado acerca de este aspecto. En el segundo, toda decisión de exclusión se debe basar en la clasificación jurídica preliminar y la recomendación previas realizadas por el Panel.

Por último, el ordenador competente puede decidir no excluir al operador que se halle en situación de exclusión, si ha adoptado medidas correctoras que sean suficientes para demostrar su fiabilidad o si la exclusión fuera desproporcionada.

El Reglamento Financiero “hereda” de su predecesor una regulación extremadamente alambicada y reiterativa del EDES, que dificulta su lectura y comprensión. Además, refuerza el sistema de protección de intereses financieros de la Unión, extendiendo su ámbito de aplicación.

La Unión Europea refuerza su sistema de identificación y exclusión de operadores a la percepción de fondos de la Unión

ejecución del contrato y (iii) la comisión de infracciones relacionadas con conflictos de intereses⁴.

El Reglamento Financiero prevé dos escenarios distintos: (i) el de la existencia de una sentencia firme o de una decisión administrativa definitiva que constate que el operador se halla en una situación de exclusión, y (ii) el de ausencia de decisión administrativa definitiva o sentencia firme. En el primero se recaba la intervención de una instancia (“el Panel”), que recomen-

2.2. Extensión y reforzamiento del EDES

El EDES, en su nueva configuración, prevé la posibilidad de excluir no solo a los participantes en procesos de licitación o contratación, a los perceptores de fondos y a las entidades a cuya capacidad tiene intención recurrir el licitador (por ejemplo, los subcontratistas), sino también, a los titulares reales, los garantes, las personas físicas im-

⁴ Artículo 138.1 del Reglamento Financiero.

plicadas en la situación de exclusión y las entidades afiliadas de una entidad excluida que hayan podido estar directa o indirectamente implicadas en la situación de exclusión cometida por esta última⁵.

La configuración de este nuevo régimen de posible extensión de la exclusión no parece sencilla, y dista mucho de revestir la claridad y simplificación teóricamente perseguida. Así, el Reglamento Financiero utiliza un difuso concepto de “entidad afiliada”, que no define en ningún momento (como sí hace, por el contrario, en sede de subvenciones⁶), y que parece referirse a las entidades que forman parte de un grupo de sociedades.

En este contexto, el Reglamento Financiero establece una serie de elementos que deben tenerse en cuenta para que un ordenador de fondos pueda excluir a una entidad afiliada o al titular real de otra entidad ya excluida: (i) la independencia funcional entre ambas, (iii) la existencia o no de supervisión o control de la entidad excluida y (iv) el que la entidad excluida haya adoptado una decisión comercial sin la intervención de ninguna entidad afiliada o del titular real⁷. Imaginamos, en toda lógica, que esta “decisión comercial” es la que ha conducido a que la entidad excluida estuviera en situación de exclusión.

El objetivo de esta extensión, conforme al considerando 120 del Reglamento Financiero es evitar que una entidad excluida de la percepción y utilización de los fondos de la Unión pueda continuar participando en procedimientos de licitación mediante la creación de nuevas empresas o utilizando otras sociedades de su grupo. Por la misma razón, el EDES es de aplicación a las personas físicas que (i) sean miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la entidad excluida o tengan poderes de representación, decisión o control respecto de dicha persona o entidad, (ii) asuman responsabilidad limitada o entidad por las deudas de la entidad excluida o (iii) resulten esenciales para la adjudicación o la ejecución del compromiso jurídico⁸.

2.3. *Novedades con respecto al Panel*

El artículo 138.8 del Reglamento Financiero introduce la posibilidad de que ordenador competente pueda remitir al Panel un asunto para que formule una recomendación mediante un procedimiento acelerado. La experiencia de estos años demostraba en efecto que la recomendación del Panel intervenía en ocasiones demasiado tarde, lo que podía causar un perjuicio a la entidad objeto de posible exclusión, o incluso afectar a una eficaz gestión de los fondos europeos.

⁵ Artículo 137.2 del Reglamento Financiero.

⁶ Artículo 190 del Reglamento Financiero.

⁷ Artículo 138.6 del Reglamento Financiero.

⁸ Artículo 138.5 del Reglamento Financiero.

Este procedimiento será aplicable cuando así lo solicite el ordenador competente, y para casos cuya naturaleza o circunstancias lo requieran; por ejemplo, cuando (i) se dicte una sentencia firme o decisión administrativa definitiva de la autoridad de un Estado miembro, pero no haya determinado la duración de la sanción; (ii) un tercer país haya dictado una sentencia firme o adoptado una decisión administrativa definitiva o (iii) en virtud de una decisión de una organización internacional, ya se haya impuesto a la persona o a la entidad una sanción equivalente a una exclusión.

2.4. *Novedades con respecto a las medidas correctoras que puede aportar un operador en situación de exclusión para acreditar su fiabilidad*

Como afirmamos más arriba, una persona o entidad que se halle en una situación objetiva de exclusión puede presentar al ordenador competente o, en su caso, al Panel, medidas correctoras para acreditar su fiabilidad y, por tanto, evitar la exclusión. La novedad introducida por el Reglamento Financiero es que estas medidas correctoras deberán, en todo caso, haber sido (i) evaluadas por un auditor externo independiente o (ii) consideradas suficientes mediante decisión de una autoridad nacional o de la Unión. Pero, paradó-

jicamente, estas condiciones no son suficientes para acreditar la fiabilidad de las medidas correctoras y, por tanto, del operador. Además serán evaluadas posteriormente por el ordenador competente o el Panel⁹.

3. *Aplicación del RSE a las licitaciones a nivel de la Unión Europea*

Conforme al artículo 143.1.e) del Reglamento Financiero, el ordenador competente rechazará de un procedimiento de concesión o adjudicación a los participantes que sean destinatarios de una decisión por la que se prohíba la adjudicación de un contrato por haber recibido subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, conforme al Reglamento sobre Subvenciones Extranjeras¹⁰.

¿Qué participantes pueden estar potencialmente afectados por esta disposición? Aquellos que (i) hayan tenido que notificar a la Comisión todas las contribuciones financieras recibidas en los tres últimos años por valor total igual o superior a EUR 4.000.000, porque han participado en un procedimiento de licitación pública a nivel de la Unión en el que el valor del contrato público o del acuerdo marco en liza es igual o superior a EUR 250.000.000¹¹, y (ii) al marco de la investigación de la Comisión, esta haya considerado que las subvenciones notificadas distorsionan el mercado interior.

⁹ Artículo 138.10 del Reglamento Financiero.

¹⁰ Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (DOUE núm. 330, de 23 de diciembre de 2022, páginas 1 a 45).

¹¹ Y, en el caso de lotes, si, además, el valor del lote o el valor agregado de los lotes a los que presenta su oferta el licitador es de al menos EUR 125.000.000.

Adicionalmente, el Reglamento Financiero abre la puerta a una posible restricción de actores no europeos a licitaciones de

la Unión Europea cuando puedan estar en juego la seguridad y el orden público de la Unión o de sus estados miembros¹².

¹² Artículo 136 del Reglamento Financiero.