



ACADEMIA DE LAS CIENCIAS
Y LAS ARTES MILITARES

Comunicaciones académicas

La contratación de emergencia y el Derecho Comunitario de la contratación pública

Álvaro Canales Gil

Academia de las Ciencias y las Artes Militares
Sección de Futuro de las Operaciones Militares

21 de marzo de 2023

Introducción

La «Contratación de Emergencia» siempre ha dado lugar a reticencias, unas veces por las dudas que generaba la concurrencia de los requisitos habilitantes y, otras, por la dilatación en el comienzo de la ejecución del contrato o por su prolongación en el tiempo. La Pandemia del Covid-19 ha disparado las voces críticas sobre los posibles abusos camuflados dentro de la utilización de esta figura jurídica.

En esta comunicación se llega a una conclusión fundamental: urge impulsar la reforma de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP)

Antecedentes normativos

De la evolución de la regulación normativa española en materia de «Contratación de Emergencia», se deducen claramente dos características:

Por un lado, se detectan claramente dos etapas: la que comprende el período 1852-1964, que surge de la aprobación del Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852 y finaliza con la aplicación del artículo 55 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, y la que abarca el período 1965-2023 en la que, prácticamente, el contenido del artículo 27 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, se ha mantenido, sin diferencias significativas hasta la actual redacción del vigente artículo 120 de la LCSP que únicamente introduce un plazo para el inicio de la ejecución de las prestaciones que sean objeto de la «Contratación de Emergencia».

Por otro lado, la segunda característica se concreta en que en la primera etapa (1852-1964), a diferencia de la segunda (1965-2023) existía un control administrativo previo administrativo cuestión que, sin embargo, en la segunda, curiosamente, no existe.

Concepto

La «Contratación de Emergencia» es una de las modalidades de «Tramitación Extraordinaria» que se regulan en la LCSP y que busca priorizar la actuación de las Administraciones Públicas, debido a la aparición de unas circunstancias extraordinarias que demandan su inmediata intervención (acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro, o necesidades que afecten a la defensa nacional), sin que sea necesario que el órgano de contratación proceda a dictar una previa declaración en relación a dicho extremo, todo ello con independencia de que, posteriormente, deban motivarse las causas habilitantes a través del correspondiente trámite de «dación en cuenta».

En consecuencia, permite que el órgano de contratación comience la ejecución de un contrato, sin necesidad de sujetarse a la tramitación ordinaria (estándar o anticipada) o urgente, por la aparición de las situaciones señaladas que demandan, por razones de interés público, su intervención inmediata. Como tal situación excepcional, ha de ser objeto de aplicación restrictiva y debidamente justificada, y si, a pesar de ello, se detecta un «uso y abuso» en su utilización, es obligado preguntarse si son suficientemente operativas las vías de control que prevé el ordenamiento jurídico para tutelar su correcta aplicación. Por ello, más adelante en esta comunicación, se van a analizar los mecanismos de control existentes tanto en vía administrativa («dación en cuenta» y recursos administrativos) como jurisdiccional.

Régimen jurídico

General

La «Contratación de Emergencia» se regula en el artículo 120.1 de la LCSP del que cabe deducir las siguientes consideraciones:

La primera, que los presupuestos habilitantes (acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional), han de ser objeto de interpretación restrictiva, es decir, solamente se deberá aplicar la «Contratación de Emergencia» en los supuestos taxativamente previstos legalmente y siempre y cuando no sea posible hacer frente a tales circunstancias mediante la tramitación del expediente por vía ordinaria (estándar o anticipada), con abreviación de plazos, o de urgencia, y sean acordados con un criterio de rigor debido al riesgo que implica, de no preservarse adecuadamente, para los principios rectores de la Contratación Pública, muy especialmente para los de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

La segunda, que este tipo de tramitación debe limitarse a lo estrictamente indispensable para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia, tanto desde el punto de vista objetivo, realizando lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, como temporal pues requiere que se actúe con inmediatez y que se cese en la «Contratación de Emergencia» cuando la situación excepcional habilitante haya desaparecido.

La tercera, que el órgano de contratación no tenga obligación de tramitar el expediente de contratación, pudiendo ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP, incluso el de la existencia de crédito suficiente, debe ser interpretado en un doble sentido, por un lado, que, salvo en los supuestos en que la emergencia fuera tal que la finalidad del contrato pudiera verse comprometida, los órganos de contratación deberían solicitar y obtener ofertas de diferentes licitadores, y, en su caso, negociar los términos del contrato susceptibles de ello, así como proveerse, en los supuestos que ello resultase posible, de referencias de los precios habituales de mercado de los bienes y servicios objeto de contratación, y, por otro, que la expresión «sin obligación de tramitar expediente de contratación» lleva aparejada una ausencia de regulación sobre la documentación que debe exigirse en estos casos, lo que resulta difícilmente compatible con el estado de la tecnología y con el Derecho Comunitario de la Contratación Pública.

La cuarta y última, que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que los acontecimientos catastróficos, las situaciones que supongan grave peligro, o las necesidades que afecten a la defensa nacional no hubieran podido ser evitados por éste mediante una actuación diligente.

Por lo que respecta al trámite de «dación en cuenta» de los acuerdos de «Contratación de Emergencia» al Consejo de Ministros o a los Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, de acuerdo con la normativa correspondiente, en el plazo máximo de 30 días naturales, recogido en el artículo 120.1 b) de la LCSP, y a la «toma de razón» por parte de éstos, es preciso señalar que debe contener la información detallada de las razones que justificaron la tramitación de emergencia y del cumplimiento exhaustivo de los requisitos y condiciones legalmente establecidos. Esta comunicación, «en teoría», como se va a analizar más adelante, es un medio de control administrativo «efectivo» frente a conductas desproporcionadas o injustificadas, si bien, como ya se ha señalado, la declaración de la emergencia propiamente dicha le corresponde únicamente al órgano de contratación.

Covid-19

La extensión del virus denominado «Covid-19» ha justificado la declaración de pandemia global por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. En España esta situación de alerta sanitaria de máximo nivel fundamentó la declaración del estado de alarma, acordada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

Se trató de un supuesto específico de aplicación de la figura de la «Contratación de Emergencia» por dos motivos. Por un lado, por la prolongación en el tiempo de dicha situación excepcional, y, por otro, por los términos en los que se fijó su aplicación en el artículo 16.2 del citado Real Decreto-ley 7/2020.

En relación con la nota de la prolongación en el tiempo, es preciso señalar que la aplicación de dicho procedimiento extraordinario no debe resultar incompatible, de ningún modo, con la implementación de medidas de planificación y programación de la demanda, como los catálogos electrónicos o las centrales de compras sanitarias profesionalizadas, que permiten sustraer el precio de los contratos de «clientelismos», que producen una enorme «volatilidad», lo que resulta enormemente perjudicial para la correcta gestión de las tareas públicas.

Respecto a los términos recogidos en el artículo 16.2 del mencionado Real Decreto-ley 7/2020 dispuso:

2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia

El contenido objetivo de la expresión «necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al Covid-19», debe interpretarse, de la mano de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en los sucesivos, OIRESCON), en el sentido de que

[...] debe justificarse por cada órgano de contratación la vinculación del objeto del contrato con la situación provocada por el Covid-19, de tal forma que pueda acreditarse y razonarse que existe una relación de causa-efecto entre la situación provocada por la Covid-19 y la necesidad surgida y que se ve cubierta por el contrato tramitado por vía de emergencia.

Derecho Comunitario de la contratación pública

Llegados a este punto, puede resultar sorprendente, pero en la normativa europea no existe una tramitación equivalente a la de emergencia, aunque sí existe, como figura asimilable, una causa material que permite aplicar el procedimiento negociado sin publicidad por razones de imperiosa urgencia (artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en lo sucesivo, Directiva 2014/24/UE).

En este sentido, la Comunicación de la Comisión, sobre «Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del Covid-19», señaló las condiciones que debían concurrir para que la contratación pública que fuese necesaria resultara compatible con las Directivas Comunitarias. De una forma sintética, indicaba que, en primer lugar, deberían tratarse de aplicar los procedimientos de adjudicación abiertos o restringidos con reducción de plazos, y, si ello no resultara suficientemente operativo, el procedimiento negociado sin publicación, incluso con adjudicación directa a un operador económico, pero siempre que solo una empresa fuera capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.

En conclusión, para el Derecho Comunitario de la Contratación Pública, en el caso de la «Tramitación de Emergencia», si los procedimientos ordinarios no fueran

suficientemente operativos, la figura a aplicar sería precisamente la del procedimiento negociado sin publicación de anuncio, tal y como se ha analizado anteriormente.

Lo señalado, puede representar un riesgo de compatibilidad de la «Tramitación de Emergencia», regulada en el artículo 120 de la LCSP, con el Derecho Comunitario, lo que podría producir un impacto negativo cuando se solicitara financiación europea para estos contratos (por ejemplo, en el caso de los fondos *New Generation*).

Mecanismos de control

En vía administrativa

a. Dación en cuenta

Como ya se ha señalado en esta comunicación, aparte de que se echa en falta la implementación en la LCSP de un régimen de autorización administrativa previa de primer nivel como el que existía en la etapa 1852-1964, el trámite de «Dación en Cuenta» que se regula en el artículo 120.1 b) de la LCSP ha demostrado que, si en algún momento pudo pensarse que era «especialmente operativo», el paso del tiempo ha demostrado que se ha convertido en un «mero trámite formal» puesto que la implementación de este control posterior «carece de margen de maniobra real», puesto que los compromisos ya han sido adoptados con los operadores económicos seleccionados. Se trata, en definitiva, de un control insuficiente para supervisar las contrataciones efectuadas por dicha vía.

b. Recursos administrativos

RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

A la vista del artículo 53 y de las medidas cautelares que el recurrente pudiera solicitar al amparo del artículo 49 de la LCSP, el Legislador español entendió que era aconsejable que la «Contratación de Emergencia», por las causas habilitantes tan excepcionales que le legitiman e imponen la inmediata intervención de los órganos de contratación, estuviera excluida del ámbito de aplicación objetivo del recurso especial en materia de contratación. En virtud de ello, el artículo 44.4 establece que «4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia». En consecuencia, en vía administrativa, no existirá una vía de control de la tramitación de emergencia de un expediente de contratación a través del citado recurso especial.

Sin embargo, dicha exclusión no debería mantenerse por varios motivos. Primero, porque, tal y como está redactado el artículo 44.4 de la LCSP, supone una separación del Derecho Comunitario de la Contratación Pública, y, segundo, porque se podría haber excluido solamente la posibilidad de aplicar el plazo suspensivo de la adjudicación, como se hace para los contratos basados en acuerdos marco en el artículo 53 de la LCSP.

RECURSOS ORDINARIOS

El Sistema Español de recursos administrativos en materia de Contratación Pública es dual. Por un lado, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos y actos a los que se refiere el artículo 44 de la LCSP, y, el resto, podrán ser recurridos a tenor de lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), es decir, a través de los recursos administrativos ordinarios de alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión previstos en el Capítulo II del Título V.

Ahora bien, hay que tener en cuenta dos aspectos, por un lado, que el principio de autotutela, que rige en la actuación administrativa, hace que los actos administrativos se presuman dictados de modo válido y eficaz, lo que les dota de los efectos de «ejecutividad» y «ejecutoriedad» (artículos 39 y 98 de la LPACAP), y, por otro, que en función de ello la interposición de los recursos administrativos ordinarios (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión), a tenor del artículo 117.1 y 2 de la LPACAP, solamente producirá la suspensión de la ejecución del acto impugnado cuando el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, lo estime así porque la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o porque la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPACAP.

A la vista del mencionado planteamiento, se puede comprender que resultará extremadamente inusual que dichos órganos de contratación procedan a reconocer alguna de dichas causas y a suspender la ejecutividad de los acuerdos adoptados. En consecuencia, esta vía de control administrativo resulta a mi juicio, en la práctica, más bien de «corte teórico» que realmente operativo.

En vía jurisdiccional

Una vez analizados los mecanismos de control en vía administrativa que, como ya se ha expuesto, no resultan en modo alguno verdaderamente operativos, procede

ahora analizar el que corresponde a los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Efectivamente, el artículo 2.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con [...]. b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas». En el mismo sentido, el artículo 27.1 de la LCSP atribuye la competencia al citado orden jurisdiccional.

Pues bien, por sorprendente que parezca, es preciso señalar que solamente una sentencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de enjuiciar la aplicación de la figura de la «Tramitación de Emergencia» (STS número 192/2012, de 18 de enero, dictada por la Sección 5ª de la Sala III de lo Contencioso-Administrativo/Presidente Fernández Valverde, Rafael). En ella se analizaba que la aplicación de los supuestos habilitantes para que la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, que dicha previsión

[...] debe ser interpretada restrictivamente, según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de modo subsidiario en relación a la tramitación del procedimiento de urgencia previsto en el artículo 71 del mismo RD-legislativo 2/2000, en la medida en que permite la utilización de un procedimiento rigurosamente excepcional con merma o eliminación de los principios de publicidad y libre concurrencia. Debe por ello concurrir con toda claridad el supuesto de emergencia: acontecimiento catastrófico, las situaciones que supongan grave peligro o las necesidades que afecten a la defensa nacional, para que opere dicha excepcional tramitación [...]

De acuerdo con lo señalado y a pesar de la escasez de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, los Jueces y Tribunales se constituyen, en esta materia de la «Contratación de Emergencia», en el único control auténtico en la aplicación de los supuestos y requisitos habilitantes para su utilización ya que en vía administrativa ya han quedado expuestas las profundas debilidades que tiene el sistema.

Conclusiones

La actual regulación que se hace en el artículo 120 de la LCSP de la «Contratación de Emergencia», en cuanto supone una excepción a la aplicación de los principios rectores de la Contratación Pública que se recogen en el Considerando 80 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 1.1. de la LCSP, requiere, fundamentalmente, que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la LCSP, y que

no sea suficiente para resolver la situación excepcional la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre competencia.

Sin embargo, como se ha analizado en esta comunicación, los mecanismos de control en vía administrativa que existen en nuestro ordenamiento jurídico («Dación en Cuenta» y recursos administrativos) no resultan suficientes para supervisar el uso indebido de la figura de la «Contratación de Emergencia».

En la normativa europea no existe una tramitación equivalente a la de emergencia, aunque sí existe como figura asimilable, para los casos en los que no sea posible llevar adelante un procedimiento ordinario con plazos abreviados, una causa material que permite aplicar el procedimiento negociado sin publicación por razones de imperiosa urgencia (artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE), pudiendo llegarse a la adjudicación directa a un operador económico, pero siempre que solo una empresa fuera capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.

La aparición de un riesgo de incompatibilidad entre la regulación de la «Contratación de Emergencia», que se realiza en el artículo 120 de la LCSP, y la normativa comunitaria de la Contratación Pública podría suponer un importante inconveniente cuando se solicitara financiación europea para estos contratos.

Como consecuencia de lo señalado, existe la necesidad de impulsar una reforma de la LCSP de modo que, aparte de ser objeto de recurso especial en materia de contratación este tipo de contrataciones motivadas por acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se acomode, cuando no sea posible aplicar los procedimientos abiertos o restringidos con reducción de plazos, al procedimiento negociado sin publicación por imperiosa urgencia previsto en la Directiva 2014/24/UE, con la finalidad de salvaguardar los principios rectores de la Contratación Pública, de mejorar los niveles de seguridad jurídica, y de incorporar a las posibilidades de gestión los medios informáticos y electrónicos.

Nota: Las ideas y opiniones contenidas en este documento son de responsabilidad del autor, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento de la Academia de las Ciencias y las Artes Militares.

© Academia de las Ciencias y las Artes Militares - 2023