

**BLOQUE III**

**Retos en la actividad  
administrativa**





# La contratación de emergencia frente a la pandemia por COVID-19: análisis del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020

**PALOMA SANZ BAOS**

Letrada de la Comunidad de Madrid\*

## **SUMARIO**

1. Introducción.
2. La contratación de emergencia: antecedentes históricos y regulación actual.
3. La contratación de emergencia como instrumento para afrontar las consecuencias del COVID-19: el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.
4. Las orientaciones de la Comisión Europea: el procedimiento negociado sin publicación previa.
5. El Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
6. Conclusiones.

### **RESUMEN**

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tuvo una especial incidencia en la contratación administrativa. Este trabajo pretende exponer ciertas medidas adoptadas por el Gobierno de

España para favorecer la contratación de emergencia, caracterizada por la dispensa de tramitar expediente, con la finalidad de paliar los efectos de la pandemia.

### **PALABRAS CLAVE**

COVID-19; contratación pública; tramitación de emergencia.

\* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid.

## ABSTRACT

The health crisis caused by COVID-19 had a particular impact on public procurement. The aim of this paper is to analyse certain legal measures adopted by the Spanish Government to favour the emergency procedure, characterized by the exemption from processing a file, in order to mitigate the effects of the pandemic.

---

## KEYWORDS

COVID-19; public procurement; emergency procedure.

## 1. Introducción

La declaración formulada el 30 de enero de 2020 por la Organización Mundial de la Salud, en el sentido de que la expansión del Coronavirus SARS-CoV-2 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional, dio paso a la adopción de numerosas medidas de diversa índole que perseguían atajar la propagación de la enfermedad causada por ese virus, conocida como COVID-19.

En un breve intervalo temporal, la mayor parte de los gobiernos aprobaron severas medidas limitativas del movimiento de la población, lo que desencadenó, a su vez, una importante paralización de la actividad económica mundial y enormes dificultades en la adquisición del material imprescindible para mitigar el creciente colapso de los sistemas sanitarios nacionales.

En ese contexto, la necesidad imperiosa de obtener suministros y servicios o de ejecutar obras con la mayor celeridad posible (por ejemplo: para el acondicionamiento de hospitales de campaña) empujó a las Administraciones públicas a emplear procedimientos de contratación extraordinariamente expeditivos que eliminasen o, al menos, redujesen retrasos inasumibles frente a la gravedad de la crisis sanitaria.

Y fue así como, ante este escenario crítico, en España se impuso una visión pragmática que, persiguiendo la máxima eficiencia en la gestión de las compras públicas destinadas a combatir tales problemas, recurrió a la figura de la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 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 adelante, LCSP).

En este trabajo se pasará revista a la regulación de la contratación pública de emergencia, prestando especial atención a la normativa que, durante las primeras

semanas de la pandemia, equiparó legalmente las circunstancias que entonces vivíamos al supuesto de hecho descrito en el artículo 120 de la LCSP, con el fin de acometer de manera eficiente las compras públicas indispensables para atender las necesidades perentorias de adquisición de bienes y servicios derivadas del COVID-19; por ello, nos centraremos en el análisis del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, sin olvidar las orientaciones emanadas de la Comisión Europea en su Comunicación de 1 de abril de 2020.

En particular, analizaremos la necesaria adopción de un acuerdo expreso *ad hoc* por parte de los órganos de contratación para acudir a esta tramitación de emergencia, así como los pronunciamientos vertidos por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 30/2021, de 30 de abril, acerca de la aplicación de tales medidas extraordinarias una vez superada la fase más crítica de la pandemia, que desembocaron en la derogación de aquel precepto por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 —Disposición derogatoria única, ap. 2.<sup>a</sup>— (en adelante, Real Decreto-ley 8/2021).

## 2. La contratación de emergencia: antecedentes históricos y regulación actual

La tramitación de emergencia, regulada actualmente en el artículo 120 de la LCSP, fue concebida por el legislador para aquellos casos en los que la Administración debe actuar de forma inmediata, a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten directamente a la defensa nacional. Su carácter expeditivo ha llevado a parte de la doctrina a equipararla con un procedimiento de adjudicación directa admitido con carácter excepcional<sup>1</sup>.

Urge subrayar que la denominada «tramitación de emergencia» no constituye una novedad de la LCSP; antes al contrario, la regulación contenida en el artículo 120 de esta Ley no difiere sustancialmente de la sistematizada en el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado (en la redacción introducida por la Ley 5/1973, de 17 de

<sup>1</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan. «¿Es posible la contratación de emergencia por las entidades sujetas a la legislación de contratos de los sectores especiales?» *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 173, Sección Reflexiones, mayo-junio 2021. Wolters Kluwer.



marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado), que fue incorporada posteriormente al artículo 91 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre<sup>2</sup>.

A lo largo de los años, dicha regulación se reprodujo con ligeras variaciones en sucesivas leyes reguladoras de la contratación pública, plasmándose en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 73), así como en su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (art. 72)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Artículo 91 del Reglamento General de Contratación del Estado: *«Cuando la Administración tenga que acometer obras de emergencia a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la Defensa Nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:*

1. *El órgano de contratación competente, sin necesidad de tramitar expediente previo, podrá ordenar la directa ejecución de las obras indispensables o contratarlas libremente en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Legislación. Del acuerdo correspondiente se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros.*
2. *Simultáneamente, por el Ministerio de Hacienda, en expediente sumarísimo, se autorizará el libramiento de los fondos precisos a favor del órgano de contratación para hacer frente a los gastos, con el carácter de «a justificar».*
3. *Desaparecida la causa determinante a que se refiere el párrafo primero de este artículo, el órgano de contratación dará cuenta al Ministerio de Hacienda de los gastos y contratos verificados, a efectos de su fiscalización y ulterior aprobación, en su caso, por el Gobierno.*

*El resto de las obras que puedan ser necesarias se contratará de conformidad con lo establecido en esta Legislación.»*

<sup>3</sup> Artículo 72 del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio:

*«1. Cuando 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 se estará al siguiente régimen excepcional:*

- a) *El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito. De dichos acuerdos se dará cuenta en el plazo máximo de sesenta días, al Consejo de Ministros si se trata de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales.*
- b) *Simultáneamente, por el Ministerio de Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.*
- c) *Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.*

Igualmente, podemos encontrar una regulación muy similar a la vigente en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 97) y en su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (art. 113)<sup>4</sup>.

Tras estos antecedentes llegamos a la vigente LCSP, cuyo artículo 120 establece lo siguiente:

*«1. Cuando 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, se estará al siguiente régimen excepcional:*

*2. La gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley.»*

<sup>4</sup> Artículo 113 del Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre: *«1. Cuando 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, se estará al siguiente régimen excepcional:*

- a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá 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 presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.*
- b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de sesenta días.*
- c) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.*
- d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa, sin perjuicio de los ajustes precisos que se establezcan reglamentariamente a efectos de dar cumplimiento al artículo 49 de la Ley General Presupuestaria.*
- e) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.*

*Asimismo, transcurrido dicho plazo, se rendirá la cuenta justificativa del libramiento que, en su caso, se hubiese efectuado, con reintegro de los fondos no invertidos. En las normas de desarrollo de esta Ley se desarrollará el procedimiento de control de estas obligaciones.*

*2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.»*





- a) *El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá 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 presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.*
- b) *Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.*
- c) *El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.*
- d) *Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.*

*En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.*

*2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.»*

La sucesión histórica de normas que acabamos de exponer, inspiradas todas ellas en idénticos principios, permite afirmar que los rasgos fundamentales de la denominada «tramitación de emergencia» se encuentran perfectamente depurados por la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo, de tal manera que sus pronunciamientos son trasladables, en lo esencial, a la vigente regulación. A lo anterior ha de añadirse, como destaca Isabel GALLEGO CÓRCOLES<sup>5</sup>, que la tramitación de emergencia no debe contemplarse como una modalidad excluida de las Directivas europeas,

<sup>5</sup> GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del COVID-19 y de sus implicaciones en el caso español*. En [www.obcp.es](http://www.obcp.es) (consultado el 4 de junio de 2020).

pues entronca con el procedimiento negociado sin publicación previa que veremos más adelante.

Sin perjuicio de las novedades introducidas en cada una de las citadas disposiciones, la contratación de emergencia se ha caracterizado tradicionalmente por las siguientes notas:

1. Constituye un régimen absolutamente excepcional que dispensa al órgano de contratación de la tramitación formal de un expediente, dada la inmediatez con la que debe actuar para afrontar, paliar o aliviar una determinada situación crítica. En este sentido, el Informe 34/1979, de 5 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, refiriéndose al artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado (redactado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo), señalaba que la razón que justifica la existencia de la tramitación de emergencia reside en habilitar en los órganos de contratación competentes el empleo de amplias potestades que, bajo circunstancias muy específicas tasadas legalmente, autorizan la adopción de medidas imprescindibles de todo orden que permitan reparar o atenuar los daños causados.

La señalada ausencia de trámites formales lleva aparejadas la posibilidad de contratar verbalmente (art. 37.1 de la LCSP)<sup>6</sup>, así como la dispensa de formalizar el contrato previamente a su ejecución (art. 153.6 de la LCSP)<sup>7</sup>.

2. Debido a su carácter excepcional, los hechos que determinan la aplicación de la tramitación de emergencia deben ser interpretados restrictivamente. El Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de junio de 2003, en relación con los criterios interpretativos del artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio), sostuvo que *«la tramitación de emergencia, por su mismo concepto excepcional, solo podrá utilizarse cuando no sea posible la tramitación urgente (...) o la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por motivos de urgencia (...)»*, por lo que se configura como una solución de última instancia. En idéntico sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2008 (Rec. 218/2005) afirma que la previsión contenida en aquel artículo *«debe ser interpretada restrictivamente (...) y de modo subsidiario en relación a la tramitación del*

<sup>6</sup> *«Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia.»*

<sup>7</sup> *«(...) salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización.»*



*procedimiento de urgencia (...) 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».*

En esta misma línea, la Resolución 102/2017, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC, en lo sucesivo), exige para admitir la tramitación de emergencia *«que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia»*, dado que *«la Ley ha establecido distintos remedios a las situaciones que exigen una prestación del servicio inmediata»* como, por ejemplo, la reducción de plazos típica de la tramitación de urgencia o, bajo ciertas condiciones, el procedimiento negociado sin publicidad. Y el Informe 17/2019, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado aclara que *«solo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios [de concurrencia y de igualdad de los licitadores] deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación»*.

3. Por otro lado, lo ejecutado al amparo de esta vía excepcional de contratación habrá de limitarse a lo estrictamente indispensable para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia, quedando sometida la contratación de las restantes prestaciones a la tramitación ordinaria como establece el apartado segundo del artículo 120 de la LCSP. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1983, *«lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión»*, de ahí que resulte imperativo comenzar la ejecución de las prestaciones contratadas en un plazo no superior a un mes (art. 120.1.c) de la LCSP).
4. Desde el punto de vista presupuestario, una de las particularidades de la tramitación de emergencia es la posibilidad de contratar pese a la carencia o insuficiencia de crédito (arts. 39.2.b)<sup>8</sup> y 120.1.a) de la LCSP). Por ello se

<sup>8</sup> *«Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes (...) b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.»*

admiten los pagos a justificar, condicionados a la posterior rendición de la cuenta justificativa con reintegro de los fondos no invertidos.

5. En otro orden de cuestiones, se flexibiliza la normativa sobre acreditación de la aptitud de los subcontratistas, trámite que puede realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta fuera necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente (art. 215.2.b) de la LCSP). Además, bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos pueden concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días desde la notificación a la Administración, siempre que su celebración fuera necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes, y así se justifica suficientemente (art. 215.2.c) de la LCSP). Finalmente, son destacables las penalidades previstas en caso de falta de acreditación de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia (art. 215.3 de la LCSP)<sup>9</sup>.
6. No se admite el recurso especial en materia de contratación en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia (art. 44.4 de la LCSP).
7. Por último, de acuerdo con la mencionada Resolución 102/2017 del TACRC, es interesante subrayar que *«a los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente»*. Este requisito trae causa de las Directivas europeas que, al regular el procedimiento negociado sin publicación previa, exigen que *«las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores»* (Considerando 80 y art. 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).

Cabe añadir que la contratación de emergencia también permite la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios

<sup>9</sup> La normativa sobre contratación pública en el ámbito de los sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales) no contempla la tramitación de emergencia, ni la contratación verbal, como se analizará más adelante. Sin embargo, contiene algunas disposiciones en materia de subcontratación que reproducen *mutatis mutandis* las previsiones de la LCSP en situación de emergencia (véase el art. 107.2 y 3 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).



particulares o a través de medios propios no personificados (art. 30, apartados 1.d) y 2, de la LCSP). En este sentido, la disposición adicional 24.<sup>a</sup> de la LCSP, al sistematizar el régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y de su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA-TEC) —considerados legalmente medios propios de diversas Administraciones— incluye entre sus funciones la «realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia» (ap. 4.j). En similares términos se pronuncia el artículo 4 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las citadas empresas públicas.

No podemos terminar el análisis de la tramitación de emergencia sin referirnos a la posibilidad de acudir a esta vía excepcional en el ámbito de los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), cuya contratación se regula actualmente en el Libro Primero 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 (en adelante, Real Decreto-ley 3/2020).

En el ámbito de los sectores especiales no hay un precepto equiparable al artículo 120 de la LCSP y tampoco se admite la contratación verbal (art. 2.a) del Real Decreto-ley 3/2020)<sup>10</sup>, pero es obvia la posibilidad de que sobrevengan situaciones semejantes a las descritas en aquella norma que exijan una actuación inmediata de los poderes adjudicadores —recordemos, por ejemplo, los efectos de la borrasca Filomena en las redes de transporte público durante el mes de enero de 2021.

De acuerdo con Juan MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>11</sup>, al margen de la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad del artículo 85.1.d) del Real Decreto-ley 3/2020 para la adjudicación de los contratos sometidos al régimen propio de los sectores especiales<sup>12</sup>, en lo que atañe a los contratos excluidos de ese régimen especial, la remisión de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 3/2020 a la disposición adicional octava de la LCSP junto a las normas contenidas en el

<sup>10</sup> «A efectos del Libro primero del presente real decreto-ley se entenderá por: a) "Contratos de suministro, obras y servicios": los contratos a título oneroso celebrados por escrito (...).»

<sup>11</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan. «¿Es posible la contratación de emergencia por las entidades sujetas a la legislación de contratos de los sectores especiales?». *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 173, Sección Reflexiones, mayo-junio 2021. Wolters Kluwer.

<sup>12</sup> Es decir, contratos celebrados por las entidades públicas y privadas mencionadas en el artículo 5 del Real Decreto-ley 3/2020, en el ámbito de una o más actividades contenidas en sus artículos 8 a 14, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los umbrales económicos fijados en su artículo 1.

artículo 318 de la LCSP sobre adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada por los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, permite concluir que también les será aplicable el citado artículo 120 y la tramitación de emergencia; y ello porque —argumenta este autor—, si el artículo 318 de la LCSP permite a tales poderes adjudicadores aplicar los mismos procedimientos de adjudicación que emplean las Administraciones públicas, *«a dichos procedimientos les serán aplicables las mismas formas de tramitación: ordinaria, de urgencia o de emergencia. Sería paradójico que si a los contratos de mayor cuantía, los SARA, les es aplicable el artículo 120 por remisión del artículo 317 LCSP<sup>13</sup>, a los de menor cuantía no les pudieran aplicar ese tipo de tramitación. El importe del contrato no puede limitar la posibilidad de atender situaciones que requieren una atención inmediata»*.

### 3. La contratación de emergencia como instrumento para afrontar las consecuencias del COVID-19: el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020

Junto al examen de las notas más significativas de la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 de la LCSP, es objeto de este trabajo exponer cómo se acudió sistemáticamente a esta vía para acometer las compras públicas indispensables para intentar mitigar los efectos de la pandemia, singularmente en el ámbito sanitario.

Es interesante mencionar un precedente en la utilización de la tramitación de emergencia ante una crisis sanitaria: el Real Decreto-ley 14/2014, de 7 de noviembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito para financiar actuaciones de distintos departamentos ministeriales, adoptó ciertas medidas para hacer frente a las necesidades derivadas de la aparición de algunos casos de pacientes infectados por el virus del Ébola en España, a raíz de un brote de esta enfermedad en África occidental que fue considerado una emergencia de salud pública de importancia internacional por la Organización Mundial de la Salud.

El artículo 12 del citado Real Decreto-ley 14/2014 señalaba que tendrían la consideración de obras, servicios o suministros de emergencia los destinados a hacer

<sup>13</sup> El trabajo consultado, al menos en la versión a la que se ha tenido acceso, menciona literalmente el art. 318 de la LCSP, pero suponemos que se trata de una errata, pues la norma que regula la adjudicación de los contratos SARA por los poderes adjudicadores no Administración Pública es el art. 317, por eso me he tomado la libertad de alterar la cita de este autor, cuya tesis comparto plenamente.



frente a cuantas necesidades se derivasen de la aparición del virus del Ébola en España, posibilitando así la aplicación de la tramitación de emergencia, regulada en aquel momento por el artículo 113 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Frente a la actual pandemia causada por el Coronavirus SARS-CoV-2, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (Real Decreto-ley 7/2020, en adelante), concretó un supuesto fáctico que permitía, de manera inequívoca, acudir a la tramitación de emergencia del artículo 120 de la LCSP en todos los contratos que hubieran de celebrarse por las entidades del sector público<sup>14</sup> para hacer frente al COVID-19. Resulta muy sintomático que esta medida excepcional se adoptara antes del inicio del primer estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, pues demuestra la extrema urgencia de la medida y la situación crítica que se vivió durante aquellos primeros compases de la pandemia.

El artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020 fue derogado por el Real Decreto-ley 8/2021 (Disp. derogatoria única, ap. 2.<sup>a</sup>).

Durante sus escasos catorce meses de vigencia la disposición analizada tuvo cuatro redacciones distintas, merced a las sucesivas modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (disp. final 6.<sup>a</sup>), así como por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (disp. final 2.<sup>a</sup>), que, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados, fue tramitado como proyecto de ley y aprobado con el título de Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (en adelante, Ley 3/2021).

Las sucesivas alteraciones introducidas en la redacción del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 durante tan estrecho margen temporal —su aprobación data del 12 de marzo de 2020, y sus dos primeras modificaciones de los días 17 y 27 siguientes— revelan la caótica situación vivida en todos los órdenes durante las primeras semanas de la pandemia. Especialmente significativas fueron las novedades introducidas en el artículo objeto de análisis por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de

<sup>14</sup> Como veremos después, el ámbito subjetivo de aplicación fue ampliándose con las sucesivas reformas de este precepto; en su versión original solo se refería a los órganos de la Administración General del Estado.

marzo, que extendió formalmente al conjunto de entidades del sector público la posibilidad de emplear la tramitación de emergencia en todos los contratos relacionados con la lucha contra el COVID-19, sin limitarla en exclusiva a los órganos de la Administración General del Estado, como en su versión original.

Nos centraremos a continuación en el análisis de la redacción definitiva del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, introducida por la disposición final primera de la Ley 3/2021 con el siguiente tenor:

*«Artículo 16. Contratación.*

*1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 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.*

*2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector 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. 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.*

*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 este sea absolutamente indispensable para la eje-*





*cución 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.*

*5. Se excluye de la obligación de facturación electrónica establecida en la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, a las facturas emitidas por proveedores no nacionales radicados en el exterior que correspondan a los expedientes a los que hace referencia este artículo".*

En la aplicación práctica del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 fue de indudable valor la Nota Informativa publicada el 12 de abril de 2020 por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, «Nota Informativa»), cuya finalidad declarada radicaba en «prevenir que se puedan producir situaciones de mal uso o de abuso de esta figura jurídica», para lo que se exponía detalladamente «la interpretación de las condiciones bajo las cuales procede utilizar la tramitación de emergencia, y la forma en que la misma ha de hacerse».

La regulación de la contratación de emergencia contenida en el precepto transcrito presenta ciertos matices que conviene comentar, siquiera brevemente.

Así, frente a las limitaciones establecidas en el artículo 120.2 de la LCSP —que restringe la tramitación de emergencia a lo estrictamente indispensable para afrontar la situación de necesidad, remitiéndose a la tramitación ordinaria en lo concerniente a las restantes prestaciones—, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 habilitó la vía de emergencia para todos los contratos relacionados *«directa o indirectamente»* con la pandemia, de tal manera que amplió el ámbito objetivo de aplicación de esta tramitación excepcional; en este sentido, el apartado segundo del reiterado artículo 16 se refiere literalmente a *»todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector 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»*<sup>15</sup>.

Otros aspectos destacables del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 son apartarse de las normas de la LCSP en materia de garantías si fueran necesarios abonos a cuenta por actuaciones preparatorias (lo que implica suspender las reglas del artículo 198.3 de la LCSP) y la posibilidad de libramiento de fondos a justificar, así como —respecto de los contratos que se formalicen o ejecuten total o parcialmente en el extranjero— la dispensa de la facturación electrónica y el posible pago total o parcial antes de la realización de la prestación por el contratista, si concurren determinadas circunstancias descritas por la norma.

Al hilo de los numerosos contratos tramitados por la vía de emergencia durante la situación de pandemia desencadenada por el Coronavirus SARS-CoV-2, se suscitó la duda de si la aplicación del artículo 120 de la LCSP (en las condiciones establecidas por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020) requería de un acuerdo expreso del órgano de contratación declarativo de la situación de emergencia o si, por el contrario, podía prescindirse de este trámite.

Así, mientras algunos órganos de contratación descartaron la necesidad de dictar un acto expreso declarativo de la situación de emergencia, en el entendimiento de que el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 habilitaba con carácter general la tramitación de emergencia en la situación de crisis sanitaria derivada de la pandemia por COVID-19, otros órganos sostenían lo contrario con base en dos argumentos:

<sup>15</sup> No obstante, algunos autores como José M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU o Isabel GALLEGO CÓRCOLES optaron por una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de aplicación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, entendiendo que era preciso acreditar en el expediente el cumplimiento de los requisitos que exige el Derecho de la Unión Europea para la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa.



- Por un lado, la referencia a dicho acuerdo *ad hoc* en la letra a) del artículo 120.1 de la LCSP a los efectos de la debida dotación presupuestaria, pues este precepto permite al órgano de contratación *ordenar* bien la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o bien contratar libremente su objeto. Y, para quienes defendían esta tesis, en esa «orden» del órgano de contratación se hallaba implícito un acto declarativo de la situación de emergencia que daba inicio a esta tramitación excepcional.
- Por otro lado, la fecha en que se adoptase el señalado acuerdo por el órgano de contratación serviría como *dies a quo* para el cómputo de los plazos previstos en las letras b) y c) del reiterado artículo 120 de la LCSP, en orden a la dación de cuentas al Consejo de Ministros y a la ejecución de las prestaciones contratadas por esta vía.

En el análisis de esta cuestión ha de recordarse que la finalidad perseguida por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 fue autorizar la tramitación de emergencia del artículo 120 de la LCSP siempre que una entidad del sector público adoptase alguna medida encaminada, directa o indirectamente, a paliar las consecuencias del COVID-19, por considerarlo una forma eficiente de atender las necesidades derivadas de la lucha contra la pandemia; recordemos, en este sentido, que el reiterado artículo 16 se enmarca en un capítulo del Real Decreto-ley 7/2020 titulado «*Medidas para la gestión eficiente de las Administraciones Públicas*», y que, en palabras de su Exposición de Motivos, «*este régimen excepcional en la contratación pública encaja a la perfección en la situación actual para hacer frente al COVID-19*».

De esta manera, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 estableció una presunción legal relativa a la necesidad de actuar de manera inmediata para enfrentarse a la pandemia, que, por razones de eficacia, abría la puerta a la utilización de la tramitación de emergencia por los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El examen de la doctrina tradicional elaborada en torno a esta cuestión refuerza la tesis de considerar necesario un acuerdo expreso del órgano de contratación en el que se invoque la concurrencia de una situación de emergencia, al mismo tiempo que se ordena la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida con los propios medios de la Administración, o bien se contrata libremente el objeto de estas prestaciones al margen de los procedimientos de adjudicación. De esta manera, en el acto que dé comienzo a las actuaciones precisas para paliar la situación crítica habrá una referencia expresa a la necesidad de actuar inmediatamente que justifique el empleo de la tramitación de emergencia.

En este sentido puede traerse a colación el Informe 2/2000, de 8 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que señala cuanto sigue (consideración 1.<sup>ª</sup>):

*«La llamada por la LCAP tramitación de emergencia no puede considerarse realmente un tipo de tramitación, sino un régimen de carácter excepcional para unos supuestos tasados, que se caracteriza por la dispensa de tramitar el pertinente expediente administrativo y de cumplir los requisitos formales establecidos en la LCAP, incluso el de existencia de crédito (en el supuesto de su inexistencia, al acuerdo del órgano de contratación por el que se declara la emergencia debe acompañarse la documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito) y el de formalización del contrato (el supuesto de emergencia es el único en que la Administración puede contratar verbalmente, según dispone el artículo 56, in fine, de la LCAP). Los únicos requisitos formales que requiere la LCAP, según el citado artículo 73 son: el acuerdo del órgano de contratación ordenando la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida (lo que puede hacer la Administración con sus propios medios) o la contratación libre de su objeto (lo que equivale a prescindir de los procedimientos de adjudicación y a la no sujeción a los principios de publicidad y concurrencia) y el acto de dar cuenta de dicho acuerdo al Consejo de Ministros (debe entenderse al Consejo de Gobierno en el caso de la Comunidad de Madrid)». (El subrayado es nuestro).*

Asimismo, el Acuerdo de 6 de mayo de 1997, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueban recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación, señalaba las circunstancias en que los expedientes se podían *declarar de emergencia* (recomendación 11.<sup>ª</sup>), de lo que se infiere necesariamente un acto expreso del órgano de contratación con ese contenido.

En la misma línea, el Informe 8/2003, de 9 de octubre, de la Junta Regional de Contratación Administrativa (Región de Murcia), relativa al contenido de los expedientes de contratación cuya tramitación ha sido declarada de emergencia, alude a un *«acuerdo del órgano de contratación ordenando la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto»*.

A mayor abundamiento, conviene subrayar que la «Nota Informativa» de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 12 de abril de 2020 señala que, entre los aspectos a tener en cuenta por los órganos de contratación que acudiesen



a la vía del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, se encuentra la necesidad de cumplir la disposición adicional 136.<sup>a</sup> de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018. Esta disposición establece lo siguiente:

*«Cuando 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, de acuerdo con el régimen excepcional previsto en el artículo 120 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, el órgano de contratación dará cuenta de ello, en el mismo momento de adoptar el acuerdo de inicio de actuaciones precisas, a la Intervención Delegada cuya competencia orgánica o territorial se corresponda con la de la autoridad que haya de aprobar el gasto necesario para hacer frente a dicha actuación (...)» (El subrayado es nuestro).*

Así pues, de acuerdo con el artículo 120.1.a) de la LCSP, la adopción por el órgano de contratación del *«acuerdo de inicio de actuaciones precisas»* para afrontar la situación crítica parece referirse a un acto expreso que, en virtud de las circunstancias concurrentes, declare acogerse a la tramitación de emergencia, no siendo suficiente la habilitación genérica otorgada por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

Cuestión distinta es la viabilidad jurídica de adoptar el mencionado acuerdo expreso de inicio de la tramitación de emergencia después de la suscripción del contrato, o tras la aceptación de la oferta o del presupuesto, o de la realización del pedido, es decir, en un momento posterior al inicio de la actuación del órgano de contratación.

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado parece inclinarse a favor de la subsanabilidad de este vicio, al entender que la declaración de emergencia no es un trámite equiparable a la declaración de urgencia del artículo 119 de la LCSP, máxime cuando la contratación de emergencia se caracteriza precisamente por la dispensa de trámites formales.

En este sentido, el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de junio de 2003 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Acuerdo al que se remite expresamente la Nota Informativa reseñada *ut supra* —ap. 3.d)—) concluye indicando que *«La apreciación de la emergencia corresponde exclusivamente al órgano de contratación*

*si bien dentro de los parámetros previstos en el artículo 72 sin que, a diferencia de la tramitación de urgencia, requiera una especial declaración, bastando la posterior justificación documental*» (apartado 6.c).

Dos años antes, el Informe 21/2001, de 3 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, había señalado que *«(...) la declaración de emergencia no es un trámite que resulte del artículo 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a diferencia del supuesto de tramitación de urgencia a que se refiere el artículo 71 de la propia Ley (...)»*.

En consecuencia, aunque el artículo 120.1.a) de la LCSP prevé un acuerdo de inicio de la tramitación de emergencia, el mismo no se contempla como un trámite equiparable a la declaración motivada de urgencia del expediente del artículo 119 de la misma Ley que dé cobertura a la actuación posterior del órgano de contratación. En el caso de la tramitación de emergencia, dada la necesidad de actuar inmediatamente, cabría admitir que la motivación fuera posterior al contrato suscrito en esas circunstancias (contrato que podría ser incluso verbal, a tenor del artículo 37.1 de la LCSP), subsanando así la omisión producida en el referido acuerdo inicial o, incluso, la ausencia de este.

Además, ha de tenerse en cuenta que la declaración de emergencia acordada *ex post* por el órgano de contratación, con la oportuna justificación, puede dotarse de eficacia retroactiva al amparo del artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor *«excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas»*<sup>16</sup>.

En el caso examinado se cumplen los requisitos establecidos por el artículo 39.3 de la citada Ley 39/2015, pues la declaración de emergencia recaída eventualmente tras la suscripción del contrato, o después de la aceptación de la oferta o del presupuesto o la realización del pedido, retrotraería sus efectos a un momento en el que

<sup>16</sup> La aplicabilidad de la norma transcrita en el ámbito de la contratación pública, por vía de supletoriedad, se reconoce expresamente en la disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP: *«Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias»*.



la Administración debía actuar de manera inmediata para afrontar las consecuencias de la pandemia derivada del COVID-19, acudiendo a tal efecto a la vía del artículo 120 de la LCSP en función de la habilitación otorgada genéricamente por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

Y, partiendo de esta premisa, ha de reconocerse que aquella declaración de emergencia produciría efectos favorables al interesado (en este caso, al contratista), sin que pudiera apreciarse lesión para los derechos e intereses legítimos de terceros habida cuenta la situación excepcional en la que se enmarcaba dicha actuación.

Finalmente, ha de añadirse que la ausencia del acuerdo inicial declarativo de la emergencia, o la omisión en este de la justificación de los presupuestos habilitantes de tal tipo de tramitación, habría de considerarse como un vicio de anulabilidad del artículo 48.1 de la Ley 39/2015<sup>17</sup>.

En nuestra opinión, no es dable calificar ese vicio como un defecto determinante de nulidad absoluta, por cuanto acudir a la causa prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 —ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido— resulta difícilmente conciliable con la contratación de emergencia, al caracterizarse esta precisamente por la dispensa de trámites formales tal como se ha expuesto anteriormente. Tampoco puede subsumirse aquel vicio en ninguna de las demás causas tasadas de nulidad previstas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015 (al que remite el art. 39.1 de la LCSP), ni en ninguno de los supuestos de nulidad específicamente previstos en el artículo 39.2 de la LCSP.

Siendo así, puede confirmarse que la declaración de emergencia acordada *ex post* por el órgano de contratación, con la oportuna justificación, actuaría como un acto de convalidación de la deficiencia apuntada al amparo del artículo 52.1 de la Ley 39/2015<sup>18</sup>.

A mayor abundamiento, de esta posible convalidación también cabría predicar eficacia retroactiva, ya que el artículo 52.2 de la precitada Ley 39/2015, en sede de convalidación de actos anulables, dispone que *«el acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos»*.

Así pues, desde esta doble perspectiva, un acuerdo del órgano de contratación que declarase la emergencia después de la suscripción del contrato, la aceptación

<sup>17</sup> «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.»

<sup>18</sup> «La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.»

de la oferta o del presupuesto, o la realización del pedido, podría dar cobertura a estas actuaciones en el marco de los artículos 120 de la LCSP y 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

En cualquier caso, es obligado señalar, siguiendo a José M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, que la utilización de la tramitación de emergencia como respuesta rápida a las necesidades derivadas de la pandemia no implicó una exoneración del cumplimiento del resto de reglas de la contratación pública, en particular de las relativas a la transparencia. Así, de acuerdo con el citado autor, eran de directa aplicación la publicidad de los acuerdos de adjudicación y formalización de contratos (ex art. 154 de la LCSP)<sup>19</sup>.

#### 4. Las orientaciones de la Comisión Europea: el procedimiento negociado sin publicación previa

El alcance internacional de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 obliga a detenerse, siquiera brevemente, en las orientaciones dictadas por la Comisión Europea con el fin de flexibilizar el marco de la contratación pública como mecanismo eficaz para combatir las consecuencias económicas y sociales de la pandemia.

Con este objetivo, en el DOUE de 1 de abril de 2020 se publicó la Comunicación titulada «*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 (2020/C 108 I/01)*», configurada como una guía que, sin modificar el marco jurídico vigente, pretendía exponer las opciones más flexibles a las que podían recurrir los Estados miembros para acometer con éxito una rápida contratación de los suministros, servicios y obras indispensables para hacer frente a esta crisis sanitaria.

Partiendo de tales premisas, la reseñada Comunicación refleja la interpretación que hace la Comisión de los Tratados, de las Directivas sobre contratación pública y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ofreciendo a los Estados miembros un amplio abanico de posibilidades que abarca desde la reducción de plazos típica de la tramitación de urgencia hasta la búsqueda proactiva de soluciones alternativas e innovadoras mediante la contratación digital (p. ej.: convocatoria de *hackatones* para encontrar nuevas ideas sobre cómo proteger eficazmente al personal sanitario, detectar el virus en el medio ambiente o reutilizar las mascarillas de protección).

<sup>19</sup> GIMENO FELIU, José M.<sup>a</sup>. *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. (Jornada 22 de abril de 2020). Observatorio de la Contratación Pública. Disponible en [https:// bit.ly/3jfKWLp](https://bit.ly/3jfKWLp).





Al margen de tales propuestas, la Comunicación de la Comisión recomienda a los Estados miembros acudir al procedimiento negociado sin publicación previa, regulado en el artículo 32 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 adelante, Directiva 2014/24/UE). Este procedimiento permite a los poderes adjudicadores negociar directamente con los contratistas potenciales sin condiciones de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento, pues, como señala la Comunicación, *«en una situación como la actual crisis del COVID-19, que presenta una urgencia extrema e imprevisible, las Directivas de la UE no contienen restricciones de procedimiento»*.

El artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE permite utilizar el procedimiento negociado sin publicación previa para los contratos públicos de obras, suministros y servicios *«cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores»*<sup>20</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia europea, todas las condiciones expuestas en la norma transcrita han de cumplirse de manera acumulativa e interpretarse restrictivamente (asuntos C-275/08, Comisión/Alemania, y C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*).

La Comunicación de la Comisión, aun advirtiendo de la necesaria elaboración por los poderes adjudicadores de un informe individual justificativo (ex art. 84.1.f) de la Directiva 2014/24/UE), expone la concurrencia de los requisitos necesarios para emplear el procedimiento negociado sin publicación previa ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19 en los siguientes términos:

- a) En primer lugar, han sucedido unos *«sucesos imprevisibles para el poder adjudicador en cuestión»*, materializados en el incesante número de pacientes de COVID-19 y las consiguientes necesidades de atención sanitaria.
- b) En segundo lugar, concurre una *«extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales»*, pues las crecientes necesidades de los

<sup>20</sup> En parecidos términos, véase el art. 50.d) de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Para la contratación en los sectores especiales, el citado artículo regula el uso de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa.

hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas, a medida que subía la curva de infección) tenían que cubrirse de inmediato, no siendo operativos los plazos abreviados de la tramitación de urgencia.

- c) Indudablemente, concurre un nexo causal entre el suceso imprevisto (pandemia de COVID-19) y la extrema urgencia en la adquisición de bienes y servicios por los sistemas sanitarios nacionales.
- d) Por último, de acuerdo con la Comunicación, debe recurrirse a este procedimiento negociado sin publicación previa solo en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío existente y hasta que se encuentren soluciones más estables, como, por ejemplo, los contratos marco de suministros y servicios, o la tramitación de urgencia de los procedimientos abierto y restringido.

Además, en el supuesto de ser indispensable obtener los suministros en plazos brevísimos, incluso de horas, la Comunicación acepta que las autoridades puedan actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, aunque el procedimiento se transforme en una adjudicación directa *de facto*, sujeta únicamente a las limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real de productos y la velocidad de entrega, entendiéndose que durante las primeras semanas de la pandemia nos encontrábamos ante un caso de «urgencia extrema e imprevisible», lo que faculta a los Estados miembros a «comprar en cuestión de días, incluso de horas, en caso necesario», sin someterse a procedimiento alguno.

De esta manera, se llega a admitir incluso «la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que este sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia», aunque esta posibilidad se considera «la excepción, si solo una empresa es capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia».

Pese a que la utilidad de esta Comunicación fue muy relativa, pues no modificó el marco jurídico vigente, la doctrina la ha elogiado por representar una suerte de «puerto seguro» para que los poderes adjudicadores pudieran utilizar tales procedimientos sumarios sin temer una reacción adversa por parte de la Comisión<sup>21</sup>.

Recordemos, finalmente, que el procedimiento negociado sin publicación previa del artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE se traspuso al derecho español en el

<sup>21</sup> PASCUA MATEO, Fabio. «La contratación administrativa ante la COVID-19». *Revista de Administración Pública*, n.º 213, septiembre-diciembre 2020. p. 445.



artículo 168.b).1.º de la LCSP, que permite a los órganos de contratación adjudicar obras, suministros y servicios sin la previa publicación de un anuncio de licitación cuando *«una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia»*<sup>22</sup>.

## 5. El Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Como se ha indicado antes, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 se encuentra derogado desde el 9 de mayo de 2021 por el Real Decreto-ley 8/2021.

Sin embargo, no podemos concluir este análisis sin referirnos a las reflexiones contenidas en el Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, «Informe 30/2021»), acerca de la aplicación práctica del reiterado artículo 16, pues sus consideraciones son trasladables a supuestos semejantes que puedan plantearse en el futuro.

En su Informe 30/2021, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado trae a colación un dictamen de la Abogacía del Estado de 21 de enero de 2021 que sostuvo que al segundo estado de alarma (declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y que se prolongó hasta el 9 de mayo de 2021), no le eran aplicables automática y necesariamente las normas dictadas bajo la vigencia del primer estado de alarma (declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y que se extendió hasta el 21 de junio de 2020), salvo que aquellas normas hubieran sido prorrogadas de forma expresa. En este sentido, el Informe 30/2021 afirma lo siguiente:

*«A esta misma conclusión llega el informe de la Abogacía General del Estado A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021 que alude precisamente a la vigencia del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020. En él se manifiesta que “ha sido clara la voluntad del legislador de mantener –con modificaciones sustanciales– la aplicación del artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020 durante la vigencia del estado de alarma posteriormente declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”, es decir, solo durante la vigencia de tal*

<sup>22</sup> En el ámbito de la contratación en los sectores especiales, véase el art. 85.1.d) del Real Decreto-ley 3/2020.

*estado, y que en el Real Decreto-ley 9/2020 se contenía una regulación muy precisa en cuanto a su vigencia temporal, según corresponde a normas de naturaleza excepcional, que alcanzaba únicamente al estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 y sus posibles prórrogas, pues fue para este estado de alarma para el que fueron dictadas.*

*Si la norma contenía una referencia tan precisa a la finalización de su vigencia, ligada a la extinción del primer estado de alarma, parece claro, según expone la Abogacía General del Estado que (...) aquellas medidas decayeron en su vigencia cuando lo hizo el estado de alarma inicial (el 21 de junio de 2020) y no se han mantenido en el que actualmente se encuentra en vigor, caracterizado, además, por unas medidas mucho menos severas que las que se adoptaron en marzo del año 2020.»*

Por ello, añade el Informe 30/2021, la introducción por la disposición final primera de la Ley 3/2021 de una nueva redacción del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 no podía entenderse como una rehabilitación de esta norma para el segundo estado de alarma, pues la situación de hecho era muy diferente y no autorizaba una norma que amparase la aplicación generalizada e indefinida de la tramitación de emergencia a todos los contratos públicos que, directa o indirectamente, tuvieran relación con la lucha contra el COVID-19. De ahí que la Junta Consultiva recomendara al legislador que aclarase esta cuestión, por ejemplo, mediante la derogación de la citada disposición final primera de la Ley 3/2021.

De las consideraciones jurídicas vertidas en el Informe 30/2021 se infiere que la contratación de emergencia durante el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, no podía apoyarse en la habilitación genérica del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 (ni siquiera en virtud de la modificación operada por la Ley 3/2021, durante la vigencia de aquel segundo estado de alarma), sino que la aplicación de esa tramitación excepcional dependía de la concurrencia de las circunstancias consignadas en el artículo 120 de la LCSP, lo que debía motivarse en cada expediente de forma individual, sin que operase una presunción legal genérica habilitante al efecto como sucedió durante el primer estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En consecuencia, si algún expediente de contratación tramitado por vía de emergencia durante el segundo estado de alarma no hubiera cumplido con esa indispensable justificación y fuera impugnado ante los Tribunales, estos deberían analizar su conformidad a Derecho a la luz del artículo 120 de la LCSP, sin atender a lo dispuesto en el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.



Por otra parte, si la evolución de la pandemia fuera desfavorable, generando nuevas olas de infectados, el legislador tendría que aprobar una norma específica que, en función de las circunstancias concurrentes, facilitara el empleo de la tramitación de emergencia por los órganos de contratación, como hizo en su momento el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

## 6. Conclusiones

Entre las abundantes disposiciones dictadas por el Gobierno de España para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de la pandemia provocada por el Coronavirus SARS-CoV-2 se incluye un paquete normativo relativo a la contratación pública.

En el ámbito europeo, la Comisión recomendó a los Estados miembros recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa (art. 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE) que permite a los poderes adjudicadores negociar directamente con los contratistas potenciales sin condiciones de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento, puesto que no hay ninguna norma de procedimiento regulada a nivel de la UE (Comunicación de la Comisión 2020/C 108 I/01; DOUE 1 de abril de 2020).

El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 permitió a los poderes adjudicadores aplicar la tramitación de emergencia a toda la contratación pública relacionada, directa o indirectamente, con el COVID-19, ya se tratase de suministros de material sanitario, servicios de limpieza y desinfección, transporte de personal sanitario u obras de acondicionamiento de hospitales de campaña, entre otras necesidades. Sin embargo, esta habilitación genérica no dispensaba al órgano de contratación de la obligación de dictar un acto expreso justificativo de la emergencia en cada expediente, ya fuera antes o después de la suscripción del contrato, la aceptación de la oferta o la realización del pedido.

La pervivencia formal de esta disposición en el ordenamiento español hasta la finalización del segundo estado de alarma no ha sido obstáculo para que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado —coincidiendo con el criterio de la Abogacía del Estado— haya argumentado su pérdida de eficacia a partir del 21 de junio de 2020 (coincidiendo con la finalización del primer estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), por entender restringido un instrumento tan excepcional a la etapa más crítica de la pandemia. Este criterio obligará a los Tribunales a examinar con detenimiento cómo se ha utilizado la tra-

mitación de emergencia después del 21 de junio de 2020 y, en particular, durante el segundo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (es decir, del 25 de octubre de 2020 al 9 de mayo de 2021), empleando como único parámetro normativo el artículo 120 de la LCSP.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del COVID-19 y de sus implicaciones en el caso español*. Observatorio de la Contratación Pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)).
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial*. Observatorio de la Contratación Pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)).
- GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio. *La contratación pública en los tiempos del coronavirus*. Observatorio de la Contratación Pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)).
- GIMENO FELIU, José M.<sup>a</sup> (2020). «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública». *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, extraordinario Coronavirus, marzo-abril, pp. 42-53.
- GIMENO FELIU, José M.<sup>a</sup> (2020). *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. Observatorio de la Contratación Pública (jornada 22 de abril), disponible en [https:// bit.ly/3jfKWLp](https://bit.ly/3jfKWLp).
- LAZO VITORIA, Ximena. *Contratación pública de emergencia COVID-19*. Observatorio de la Contratación Pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)).
- MANENT ALONSO, Luis (2020). «Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19. Análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo». *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 21-extraordinario, pp. 185-228.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan (2021). «¿Es posible la contratación de emergencia por las entidades sujetas a la legislación de contratos de los sectores especiales?». *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 173, Sección Reflexiones, mayo-junio. Wolters Kluwer.
- PASCUA MATEO, Fabio (2020). «La contratación administrativa ante la COVID-19». *Revista de Administración Pública*, n.º 213, septiembre-diciembre, pp. 439-478 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.1>).
- PINTOS SANTIAGO, Jaime y PÉREZ BRAVO, Jorge. (2020). «Contratación pública y COVID-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria». *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 21-extraordinario, pp. 133-184.