

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ANTE LA COVID-19¹

FABIO PASCUA MATEO
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Pascua Mateo, F. (2020).

La contratación administrativa ante la COVID-19.

Revista de Administración Pública, 213, 439-478.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.18>

Resumen

La crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha tenido especial incidencia en la contratación administrativa. Primeramente, porque ha debido solucionar el desabastecimiento de determinados suministros básicos para la protección de la salud ante el crecimiento exponencial de la demanda mundial, que en España se ha visto acrecentado por la inicial centralización de las compras y la previsión de requisas, que ha podido disuadir a potenciales contratistas. A tal fin, el legislador de urgencia ha optado por favorecer la tramitación de emergencia, opción que debe respetar los principios exigidos por

¹ Precisión terminológica. Se ha optado a lo largo de todo el artículo por escribir en femenino este término de COVID-19, a pesar de que tanto el legislador como buena parte de la doctrina se inclinan por el género masculino. La razón estriba en la creencia generalizada de que COVID-19 es la denominación oficial del virus. En realidad, estas siglas se refieren a la enfermedad causada, Coronavirus Disease 19, tal y como se definió por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de febrero de 2020. Así, el *Diccionario* de Cambridge define COVID-19 como «an infectious disease caused by a coronavirus (= a type of virus), that usually causes fever, tiredness, and a cough, and can also cause breathing problems. Most often the disease is not serious but it can lead to severe illness in some people». Véase Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus, Cambridge University Press, disponible en <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/covid-19> (consulta el 24 de mayo de 2020). El nombre técnico del coronavirus es «severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2)», por estar relacionado genéticamente con el coronavirus de 2003. Sobre estas cuestiones puede consultarse la explicación, en inglés, ofrecida por la OMS en <https://bit.ly/3o47qCN> (consulta el 24 de mayo de 2020).

el derecho de la Unión. Respecto de la contratación ordinaria, se ha debido reaccionar frente a la inicial interrupción de las nuevas licitaciones por la suspensión de plazos acordada con el estado de alarma, a la vez que para los contratos vigentes se han arbitrado medidas para compensar a los contratistas en el caso de que las medidas acordadas hayan imposibilitado cumplir con la prestación. Finalmente, en materia de recursos, se estudia la posibilidad de extender el recurso especial a todos los contratos con independencia de su cuantía, como medio para aliviar el previsible atasco judicial.

Palabras clave

COVID 19; contratación pública; tramitación de emergencia; reequilibrio económico; recurso especial en materia de contratación.

Abstract

The health crisis caused by COVID-19 has had a particular impact on public procurement. Firstly, because it has had to solve the shortage of certain basic supplies for health protection in the face of the exponential growth in world demand, which in Spain has been increased by the initial centralisation of purchases and the expectancy of requisitions, which has been able to dissuade potential contractors. To this end, the emergency legislator has chosen to favour the emergency procedure, an option which must respect the principles required by Union law. With regard to ordinary contracts, the initial suspension of new calls for tender has had to be reacted to by suspending the deadlines agreed with the state of alert, while for existing contracts measures have been taken to compensate contractors if the agreed measures have made it impossible to perform. Finally, as regards review procedures, the possibility of extending the special appeal to all contracts regardless of their value is studied as a means of alleviating the foreseeable judicial bottleneck.

Keywords

COVID 19; public procurement; emergency procedure; compensation of the economic balance; review procedure of contract awards.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: DESAFÍOS DE LA COVID-19. EN ESPECIAL EL DESABASTECIMIENTO DE MEDIOS. II. LA CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA COVID-19: LA REACCIÓN FRENTE A LA ESCASEZ: 1. Procedimientos de contratación disponibles: 1.1. *El punto de partida: la necesidad de reducir al mínimo o eliminar la fase de licitación.* 1.2. *Las recomendaciones de la Unión Europea: el procedimiento negociado sin publicidad.* 1.3. *Los contratos menores.* 1.4. *La tramitación de emergencia de los contratos.* 2. Algunas dificultades imprevistas: 2.1. *La centralización de las compras en un ministerio que hace años que apenas contrata.* 2.2. *El colapso de la oferta ante la abrumadora demanda internacional: necesidad de adaptar los medios de pago.* 2.3. *El carácter disuasorio de la posibilidad de requisitos.* III. LA CONTRATACIÓN ORDINARIA: 1. La suspensión de plazos y las nuevas licitaciones. 2. La suspensión de la ejecución de contratos de prestación imposible en el estado de alarma: la compensación al contratista. IV. EL RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRACTUALES Y EL PREVISIBLE ATASCO JUDICIAL A LA SALIDA DEL ESTADO DE ALARMA: 1. La suspensión de los plazos para recurrir. 2. La posible extensión del recurso (modificado) especial en materia de contratación para reducir el colapso judicial a la finalización del estado de alarma. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: DESAFÍOS DE LA COVID-19. EN ESPECIAL EL DESABASTECIMIENTO DE MEDIOS

El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China) notifica un conglomerado de casos de una «neumonía desconocida» en la ciudad, que posteriormente determinó estar causados por un nuevo coronavirus². El 30 de enero de 2020, el director general de la OMS,

² Ha de recordarse que un día antes Li Wenliang, oftalmólogo de 34 años en el Hospital de Wuhan, había advertido a su grupo de estudiantes que 7 pacientes que trabajaban en el mercado de marisco presentaban síntomas de una enfermedad similar a los del SARS, que originó una pandemia en 2003, que según sus análisis podía deberse a un nuevo coronavirus, y recomendaba a sus colegas que se protegieran y avisaran en privado a sus seres

previa recomendación del Comité de Emergencias adoptada tras una primera reunión que había concluido sin acuerdo días atrás, declara que el brote constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII). El 25 de febrero, la Organización publica un informe en el que se reconoce la sorprendente rapidez de la transmisión del virus, elogia la «actitud audaz» (*bold approach*) de las medidas adoptadas por las autoridades chinas y alerta a los Estados de la necesidad de adoptar medidas de salud pública farmacológicas y no farmacológicas de alta calidad³. El 11 de marzo, eleva a la categoría de pandemia la enfermedad. La enfermedad llega, como es sabido, a Europa principalmente a través de Italia, donde el 23 de enero tres turistas chinos, que habían entrado por el aeropuerto de Milán-Malpensa, dieron ya positivo por coronavirus, estallando dos focos muy intensos en Lombardía y Véneto el 21 de febrero. El primer caso en España se detecta el 31 de enero, un paciente alemán ingresado en La Gomera que dio positivo por coronavirus. Tras un período de crecimiento y expansión relativamente lento pero continuado, las autoridades sanitarias comenzaron a tomar medidas de salud pública, en principio a escala autonómica⁴, para reaccio-

queridos. El 3 de enero, la policía lo detuvo por difundir rumores en su chat y por alteración grave del orden público (por entonces las autoridades chinas negaban la transmisión entre humanos). Aunque fue liberado tras una hora de declaración, tuvo que firmar un documento reconociendo su falta y prometiendo no volver a cometer actos ilegales. Poco después comenzó a mostrar síntomas de lo que el 1 de febrero se le diagnosticó ya como enfermedad del coronavirus, que fueron a más y, a pesar de ser ingresado en cuidados intensivos, falleció pocos días después. Su trágica historia puede leerse en el artículo de la CNN de 4 de febrero, disponible en <https://cnn.it/2HnuMSF> y en el de la BBC en español de 7 de febrero, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51371640> (consulta el 31 de mayo de 2020).

³ Véase Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). Sus conclusiones, más allá de los probablemente excesivos elogios a la actuación del Gobierno chino y, específicamente, su presidente Xi Jing Ping —al que, por cierto, se le cita en su condición de secretario general del Partido Comunista («General Secretary Xi Jinping personally directed and deployed the prevention and control work», p. 14)—, son claras y elocuentes: «COVID-19 is spreading with astonishing speed; COVID-19 outbreaks in any setting have very serious consequences; and there is now strong evidence that non-pharmaceutical interventions can reduce and even interrupt transmission. Concerningly, global and national preparedness planning is often ambivalent about such interventions. However, to reduce COVID-19 illness and death, near-term readiness planning must embrace the large-scale implementation of high-quality, non-pharmaceutical public health measures. These measures must fully incorporate immediate case detection and isolation, rigorous close contact tracing and monitoring/quarantine, and direct population/community engagement». Disponible en <https://bit.ly/3lVKhAu> (consulta el 31 de mayo de 2020).

⁴ Entre las más tempranas, puede mencionarse la Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Salud Pública de la Comunidad de Madrid, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con la actividad de los centros de mayores,

narse posteriormente a escala nacional⁵. Así, el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, adopta ya medidas frente a la pandemia y el 14 de marzo se aprueba el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma.

A partir de aquí la cronología y los hechos son bien conocidos. La COVID-19 se propagó con gran rapidez y con un número de casos graves más alto que el que venía apuntando la OMS, lo que derivó en el riesgo de colapso del sistema sanitario, especialmente en el caso de las unidades de cuidados intensivos, entre otras razones por la larga permanencia —entre tres y cuatro semanas— de los pacientes que superaban la enfermedad⁶. Todo ello provocó un crecimiento exponencial a escala mundial de la demanda de suministros necesarios para limitar su expansión y, ante la falta de tratamiento específico, aliviar sus síntomas en particular, equipos de protección individual (EPIS) para el personal en contacto con los enfermos, geles desinfectantes, test de diagnóstico y respiradores para las UCIS. Esto en un contexto en el que la difusión generalizada de la pandemia a escala mundial ha roto en ocasiones las cadenas de suministros, haciendo aún más difícil la fabricación, venta y distribución de los productos requeridos. Por otra parte, las medidas no farmacológicas adoptadas, singularmente la suspensión de la libertad de circulación salvo las excepciones previstas en el art. 7 del RD 463/2020, así como los cierres de actividades decretados en el art. 10, que durante unos días se extendió a todas las actividades no consideradas como esenciales,⁷ han impedido el normal funcionamiento de la Administración y el desarrollo de muchas de sus actividades, entre otras las llevadas a cabo a través de contratos administrativos con entidades privadas.

En las próximas páginas vamos a analizar la reacción del derecho de la contratación administrativa ante tales desafíos, en particular la necesidad de dar solución a los requerimientos más acuciantes en el tiempo de adquisición de los suministros necesarios, aunque también se incluirá una mención no exhaustiva a la

en las tipologías de hogares y clubes y servicios de convivencia familiar y social (*BOCM* de 7 de marzo de 2020).

⁵ Se ha señalado por algún sector doctrinal la necesidad de acometer una reforma del sistema español de detección y gestión de pandemias, hasta la fecha demasiado centrado en el aspecto sanitario, para incorporar una dimensión más general en el marco de la seguridad nacional. Véase F. Arteaga (2020), «La gestión de pandemias como la COVID-19 en España: ¿enfoque de salud o de seguridad?», *Real Instituto Elcano*, ARI 42/2020. Disponible en <https://bit.ly/3m4PfuJ> (consulta el 31 de mayo de 2020).

⁶ Aunque también ha habido desgraciadamente casos de fallecimientos tras varias semanas de ingreso, lo cierto es que en la mayor parte de los casos los exitus se produjeron con gran rapidez, y, casi siempre, antes de los nueve/diez días de síntomas, por lo que su capacidad para ocupar las UCIS ha sido menor.

⁷ Véase el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra la COVID-19.

situación de la contratación ordinaria. Finalmente, pasaremos revista a los problemas en el control de la legalidad de la contratación, sobre todo por los efectos que la suspensión de plazos administrativos ha tenido sobre los recursos contractuales ordinarios y especiales, así como al previsible atasco judicial que se producirá con el aluvión de casos que se espera lleguen a la jurisdicción contencioso-administrativa una vez reiniciada su actividad ordinaria.

II. LA CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA COVID-19: LA REACCIÓN FRENTE A LA ESCASEZ

1. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DISPONIBLES

1.1. *El punto de partida: la necesidad de reducir al mínimo o eliminar la fase de licitación*

El principal problema que ha tenido que resolver la contratación administrativa en los tiempos de la COVID-19 ha sido el de permitir la ejecución inmediata de obras —por ejemplo, para acondicionar hospitales de emergencia— o la prestación de servicios y entrega de suministros con idéntica celeridad. Y todo ello en el contexto de acumulación de demanda y de interrupciones en la cadena de suministros para los propios productores antes apuntadas. Por todo ello, los órganos de contratación han tenido que acudir a las formas extraordinarias de tramitación con el fin de eliminar la fase de licitación pública, que, imprescindible con carácter general, en las circunstancias concretas suponía un retraso inasumible en la recepción de las obras, servicios o suministros necesarios. Además, veremos cómo, al menos por lo que respecta al caso español, la experiencia ha demostrado que algunas decisiones, que *a priori* podían parecer eficaces, se han revelado a la postre como contraproducentes, tales como la centralización de la gestión sanitaria en general y de compras en particular, o la previsión de requisas para la distribución centralizada de los productos necesarios para prevenir el contagio.

1.2. *Las recomendaciones de la Unión Europea: el procedimiento negociado sin publicidad*

Podemos comenzar a repasar las figuras disponibles por las recomendaciones de la Unión Europea. Ciertamente, la crisis del coronavirus vuelve a demostrar la insuficiencia de su actuación, a la espera de lo que pueda aportar en el plano de la salida económica, que es donde las instituciones de la Unión suelen mostrarse más eficaces. De momento, el carácter nacional de las competencias sanitarias y la habitual lentitud en la toma de decisiones ha hecho que su actuación haya sido poco más que simbólica —limitada a algunas compras de material muy menores, así como a la convocatoria de ayudas para la investi-

gación sobre el virus y a algunas recomendaciones, poco seguidas, en torno a la gestión de flujos fronterizos⁸.

Con todo, en materia de contratación la Comisión ha juzgado necesario emitir una Comunicación sobre el uso de la contratación pública en la gestión de la COVID-19⁹. El contenido no es, ciertamente, novedoso y es difícil que haya sido útil como guía de buenas prácticas a cualquier Administración o poder adjudicador competente para adquirir suministros para la pandemia, debido a que al respecto apenas hace otra cosa que enumerar los procedimientos disponibles en la legislación de contratación de la Unión¹⁰. De esta manera se recuerda la aplicación general del procedimiento abierto, cuyos plazos pueden reducirse en el caso de declaración de urgencia. De no ser suficiente, la Comisión alude a la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicación del art. 32 de la Directiva 2014/24/UE¹¹, que en España se desarrolla a través del procedimiento negociado sin publicidad del art. 168 LCSP¹². Si la situación exige, como reconoce la Comisión que puede suceder, que los suministros se faciliten en términos brevísimos, incluso en horas, la Comunicación acepta incluso la adjudicación directa que «sigue siendo la excepción, si solo una empresa es capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia».

No obstante, la Comunicación sí tiene alguna utilidad, en particular la determinación de una suerte de «puerto seguro» para los poderes adjudicadores en el caso de seguir los requisitos en ella establecidos para acudir a tales procedimientos, de manera que no hayan de temer una reacción adversa por parte de esta institución. En este sentido, ofrece algunas consideraciones de interés. En primer término, queda claro que la COVID-19 ha de considerarse como una circunstan-

⁸ Una síntesis de la actuación de la Unión puede encontrarse en los sitios web de las instituciones. Su mera lectura da idea de lo limitado de la actuación, hasta el punto de que en ocasiones las Instituciones se apuntan medidas adoptadas por los Estados miembros en sus relaciones bilaterales. Véase al respecto, por parte de la Comisión Europea, <https://bit.ly/35gJIA0>. Por parte del Consejo, <https://bit.ly/35fOrfj>. Asimismo, https://europa.eu/european-union/coronavirus-response_es (consultadas el 30 de mayo de 2020).

⁹ Véase la Comunicación de la Comisión 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), disponible en <https://bit.ly/3m8d30D> (consulta el 3 de mayo de 2020).

¹⁰ Algunas de las recomendaciones presentadas como sugerencias son un tanto básicas, como la de acudir a los procedimientos más expeditivos para las necesidades a corto plazo y pasar a la contratación ordinaria, aun de urgencia, para el medio plazo. O las relativas a contactar por teléfono con los proveedores o incluso desplazar agentes a los países de fabricación.

¹¹ 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.

¹² 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.

cia no imputable a los poderes adjudicadores que determina que el recurso al procedimiento negociado sin publicación es «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» a los efectos del art. 32.2.c) de la Directiva.¹³

Junto a ello, la Comunicación recuerda los requisitos que han de cumplirse de manera acumulada para que el empleo de esta figura sea conforme a derecho, a saber, i. sucesos imprevisibles para el poder adjudicador en cuestión; ii. extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales; iii. nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia, y iv. uso en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío hasta que se encuentren soluciones más estables. Al respecto, la Comunicación sí es muy clara respecto de que la COVID-19 «constituye un suceso imprevisible para los poderes adjudicadores»; que «no puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible» y que «para cubrir las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios en un plazo muy breve, no puede haber ninguna duda razonable acerca del nexo causal con la pandemia de COVID-19».

Por último, la Comunicación no olvida recordar algunas cautelas. En particular, respecto de la extrema urgencia, exige «estudiar caso por caso si esto impide respetar incluso los muy breves plazos del procedimiento acelerado abierto o restringido (15 y 10 días, respectivamente, para presentar las ofertas), *si bien es probable que así sea casi siempre*, al menos por lo que respecta al enorme aumento de las necesidades a corto plazo a medida que sube la curva de infección» (el énfasis es nuestro). Asimismo, recuerda que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁴, «si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente. La excepción no puede invocarse para adjudicaciones de contratos que tarden más de lo que habrían tardado si se hubiera recurrido a un procedimiento transparente». Por último, advierte de que «los procedimientos negociados sin publicación previa pueden ofrecer la posibilidad de satisfacer las necesidades inmediatas. Cubren el vacío existente hasta que puedan encontrarse soluciones más estables, como contratos marco de suministro y servicios adju-

¹³ El propio comienzo de la Comunicación así lo da a entender, al declarar que «COVID-19 es una crisis sanitaria que exige soluciones rápidas e inteligentes y agilidad para hacer frente a un enorme aumento de la demanda de bienes y servicios de tipo similar, al mismo tiempo que algunas cadenas de suministro se ven perturbadas. Los compradores públicos de los Estados miembros están en primera fila por lo que toca a los más de estos bienes y servicios. Tienen que garantizar la disponibilidad de equipos de protección individual, como mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, como los respiradores y otros suministros médicos, así como de infraestructura hospitalaria e informática».

¹⁴ STJUE, asunto C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, de 20 de junio de 2013, ECLI:EU:C:2013:416, apdos. 50 a 52.

dicados por medio de procedimientos ordinarios (incluidos los procedimientos acelerados).

En el caso español, como veremos, la declaración de urgencia queda descartada desde el primer momento, así como el procedimiento negociado sin publicidad previsto en los arts. 168 a 170 LCSP. En este caso, es verdad que podría alegarse que es especialmente rápido, sobre todo cuando se acude exclusivamente a un licitador, circunstancia excepcional (el art. 169.2 exige al menos tres ofertas), pero no imposible de cumplir, a tenor de lo dispuesto en el art. 170.2, que dispone para este caso que «la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, siempre y cuando sea posible, deberá negociar con él en los términos que se señalan en el apdo. 5 del art. 169». Sin embargo, tanto la relativa frecuencia con la que en el pasado se ha acudido al hoy derogado negociado sin publicidad por razón de la cuantía, que seguramente ha generado la idea de que se trata de un procedimiento casi ordinario, como el cuidado con el que ha de redactarse el expediente —es difícil pensar, por ejemplo, en la eliminación del requisito de la aprobación de pliegos y, por supuesto, las memorias justificativas del recurso a un único candidato requieren de una motivación clara— han llevado a descartar esta vía como instrumento general¹⁵. No obstante, hay que tener en cuenta que la tramitación de emergencia que veremos a continuación —no así los contratos menores, pues no tienen la consideración de contratos sometidos a regulación armonizada— deberá cumplir los requisitos materiales y de motivación antes apuntados para no tener problemas de compatibilidad con el derecho de la Unión.

1.3. Los contratos menores

Resulta ocioso, por evidente, destacar la enorme desconfianza que los contratos menores han ido suscitando en los operadores jurídicos, la doctrina¹⁶ y el legislador desde hace algunos años. En el mejor de los casos, se les considera una

¹⁵ Véase I. Gallego Córcoles (2020b), *De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del Covid-19 y de sus implicaciones en el caso español*, OBCP, <https://bit.ly/3o9LJRK> (consulta el 30 de mayo de 2020). Con buen criterio sostiene esta autora que «nuestra legislación no dota al procedimiento negociado sin publicidad de la necesaria autonomía procedimental respecto al procedimiento de licitación con negociación», lo que, unido a la laxitud de la tramitación de emergencia, que queda fuera de la directiva, explica la opción del legislador de urgencia que más adelante se verá.

¹⁶ Dentro de la literatura disponible, podemos mencionar J. M.^a Gimeno Feliú, (2017), «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública», *REALA* (nueva época, 7), págs. 45-67, quien señala respecto de esta figura, ya en fase de tramitación del proyecto de ley que daría lugar a la actual LCSP, que «La justificación de agilidad no puede eludir el principio de mayor eficiencia de los fondos públicos y de prevención de la corrupción. Ante una práctica irregular de uso manifiestamente indebido del contrato menor, la legislación debería prever algún sistema sancionador» (pág. 60).

vía en la que la comodidad de la Administración hurta la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación, cuando no se le califica directamente de un instrumento para la corrupción administrativa, como se ha manifestado, por lo demás, en varios procesos judiciales penales. Frente a ello, no obstante, los contratos menores son en ocasiones necesarios, bien por responder a necesidades de contratación de escasa cuantía y razonablemente imprevisibles, de manera que es necesaria una adquisición inmediata de un bien o servicios sin que quepa el recurso a la tramitación de emergencia, bien porque, aun siendo previsible, el servicio prestado tiene un carácter tan ocasional y es de cuantía tan reducida que no merece la pena una licitación completa¹⁷.

Probablemente, atendiendo a ese equilibrio, la LCSP recoge y mantiene los contratos menores, bien que reduciendo ligeramente su cuantía máxima general¹⁸ y añadiendo algunos requisitos procedimentales a los escasos ya existentes¹⁹. Estos pueden resumirse en: i. la necesidad de redactar un informe específico del órgano de contratación que motive el recurso a este sistema y que no se está fraccionando el objeto para sortear la aplicación de los umbrales máximos, así como, al menos en su redacción originaria, ii. la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que

¹⁷ En este mismo sentido, véase R. Carrodeguas Méndez (2018), «Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *REALA* (nueva época, 10), págs. 56-79, quien subraya adicionalmente la utilidad de los contratos menores para las entidades locales con población reducida, cuyos ayuntamientos disponen de recursos administrativos muy precarios.

¹⁸ Aunque se ha señalado que la reducción no ha sido tal, por cuanto el límite anterior se refería al importe del contrato, que podía incluir el IVA, y el actual está referenciado al valor estimado, que no lo incluye, la realidad es que la interpretación general bajo la normativa anterior no contemplaba la cantidad que debiera pagarse por el impuesto, de manera que sí ha habido una reducción real del ámbito de aplicación.

¹⁹ Sobre la regulación de los contratos menores en la LCSP puede consultarse, entre una bibliografía abundante, a pesar de lo relativamente reciente de la ley, C. C. Arenas Alegría (2019), «Contratos Menores. Limitaciones Impuestas en la Ley de Contratos del Sector Público de 7 de septiembre de 2017», *Revista general de derecho administrativo*, 50; I. Moreno Ibáñez (2018), «Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Actualidad Administrativa*, 3; F. Pleite Guadamillas (2018), «Un contrato no tan menor», *Actualidad Administrativa*; D. Terrón Santos (2019), «La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196; F. J. Fuertes López (2018), «Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Regulación y práctica», *Revista de estudios locales. Cunal*, 214, págs. 30-43, o A. Palomar Olmeda, *Contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Aranzadi.

individual o conjuntamente superen la cifra²⁰. Como es sabido, este último requisito, que había generado algunas dudas interpretativas que, no obstante, estaban comenzando a subsanarse de una manera satisfactoria²¹, ha sido suprimido, de forma harto criticable, tanto en el fondo como por la vía extraordinaria escogida, por el Decreto Ley 3/2020²².

El resto de exiguas exigencias no ha cambiado, pues bastará con incluir en el expediente la aprobación del gasto y la factura correspondientes, así como, en el caso del contrato de obras, el proyecto elaborado, sin olvidar los permisos necesarios

²⁰ Se ha planteado si los requisitos previstos en el art. 118 LCSP se aplican también a los contratos adjudicados por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública que estén por debajo de los umbrales fijados en el art. 318.a), que vienen a ser idénticos a los del contrato menor. La Abogacía General del Estado, en su Informe 2/2018, de 17 de enero de 2018, ha considerado, a partir tanto de la coincidencia de umbrales como de la identidad de los términos relativos a la adjudicación con el art. 131 LCSP, que la ley regula un único tipo de contrato menor aplicable a Administraciones públicas y a poderes adjudicadores que no tengan esta condición. En contra se ha manifestado algún sector doctrinal, alegando la ausencia de la expresión «contrato menor» del citado art. 318, así como la aplicación de sus reglas a contratos como el de concesión de obra o de concesión de servicios, a los que no les es aplicable el contrato menor. Véase S. Díaz Sastre (2018), «La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública», *Anuario Aragonés de Gobierno Local 2017*, págs. 305-347, especialmente págs. 318-323. Idénticas consideraciones cabe hacer respecto de la adjudicación de contratos por parte de Administraciones públicas que no tengan la condición de poderes adjudicadores, a partir de lo establecido en el art. 321.2.a) LCSP.

²¹ Entre otras aportaciones puede citarse la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, publicada por la Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. En su epígrafe I, señala que: «En aquellos supuestos en los que las prestaciones son completamente diferentes y no supongan un fraccionamiento del objeto, aunque sea un mismo tipo de contrato, podrán celebrarse varios contratos menores con el mismo contratista, si bien, como se ha indicado anteriormente, estas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas en el expediente». Ha de recordarse que dicha Instrucción es «obligatoria para todos los órganos de contratación del sector público del Estado y deberá ser tenida en cuenta para la tramitación del expediente», según proclama su epígrafe VII.

²² 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. Una crítica enérgica a la reforma llevada a cabo sobre el régimen originario de la LCSP por el Decreto Ley 3/2020, puede encontrarse en F. J. Fuertes López (2020), «A vueltas con los contratos (con controles) menores», *Revista de estudios locales, Cunal*, 230, para quien «en esencia, viene a eliminar algunas (casi todas) de los pocos límites y controles que se establecían para este tipo de procedimiento de contratación». Puede encontrarse la referencia en <https://bit.ly/3m0cR3J> (consulta el 29 de abril de 2020).

según la normativa sectorial, que se han de incorporar al expediente. En definitiva, lo que va a faltar es un auténtico procedimiento de licitación con presentación de ofertas y selección del contratista, sin perjuicio de la práctica de solicitar ofertas reales a al menos tres empresarios, relativamente frecuente y reforzada normativamente en los últimos tiempos hasta convertirla en obligatoria para muchas administraciones al menos a partir de una determinada cuantía²³. Estas características de la contratación menor han convertido a estos contratos en una fórmula de utilidad para pequeñas administraciones que hayan tenido que hacer compras relacionadas con la COVID-19, como pueden ser productos para desinfecciones o equipos de protección individual para los empleados de ayuntamientos pequeños que no pudieran optar por el régimen de teletrabajo. Más allá de estos supuestos, las escasas cuantías del contrato junto con las prohibiciones más que razonables de fraccionamiento del objeto hacen precisa otra forma de contratación.

1.4. La tramitación de emergencia de los contratos

Por estas razones, la opción temprana del legislador de urgencia de reconducir el grueso de la contratación relacionada con el coronavirus a la tramitación de emergencia, además de contar ya con una experiencia razonablemente exitosa en España²⁴, es más que razonable, aunque también presenta algunos peligros.²⁵ En efecto, el Real Decreto Ley 7/2020²⁶, en su art. 16, establece, en su redacción vigente desde

²³ Véase la citada Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que en su epígrafe II establece que: «De acuerdo con el principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente». Por su parte, en otras Administraciones, como el Ayuntamiento de Madrid, su Instrucción 2/2019 sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus Organismos Autónomos y entidades del sector público municipal, aprobada por Decreto de 27 de diciembre de 2019 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, dispone la obligación de solicitar tres ofertas para todos los contratos de un valor estimado superior a los 3000 euros.

²⁴ El art. 12 del 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 ya estableció que «tendrán la consideración de obras, servicios o suministros de emergencia los destinados a hacer frente a cuantas necesidades se derivan de la aparición del virus del ébola en España, en ejecución de los créditos consignados en la presente norma, cualquiera que sea su cuantía».

²⁵ Acerca de la utilización de la tramitación de emergencia durante la crisis del coronavirus COVID-19, véase J. M.^a Gimeno Feliú (2020a), «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, págs. 42-53.

²⁶ Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

el 28 de marzo, que: «La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente a la COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el art. 120 de la Ley 9/2017». Obviamente, se deja a las Administraciones contratantes la decisión final, pero desde luego esta previsión de rango legal ha permitido acudir con plena libertad a la tramitación de emergencia para toda la contratación relacionada de manera directa o indirecta con la COVID-19. Esto abarca no solo las compras sanitarias más evidentes, sino también contratos de servicios como limpiezas y desinfecciones, atención social, servicios de transportes a sanitarios para visitas domiciliarias, obras —para habilitar espacios como hospitales de campaña, pero también desgraciadamente como morgues ante las dificultades para la sanidad mortuoria en los momentos de mayores tasas de fallecimientos, etc.

La tramitación de emergencia tiene la gran ventaja de que no se precisan prácticamente mayores trámites que la mera declaración de tal. Así se deduce del art. 120.1.a) LCSP, que establece que: «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». Es decir, primero se solventa la emergencia, que ya va a ser muy fácil de justificar, pues bastará con apuntar la relación directa o indirecta con la COVID-19, y luego ya se proveerá lo necesario, incluso en el caso de falta de crédito presupuestario, que deberá habilitarse con arreglo a los procedimientos previstos en la legislación presupuestaria.

Con todo, sí deben hacerse algunas precisiones. En primer término, que, en principio, solo cabe tramitar por emergencia aquellas prestaciones que no admitan demora, de forma que lo que reste para completar la obra o el servicio debería, en principio, haberse contratado por tramitación ordinaria (art. 120.2 LCSP). Nuevamente el RDL 7/2020 viene a arreglar la situación al extender la presunción de emergencia para los contratos relacionados directa o indirectamente con la COVID-19, por lo que podrá seguirse este procedimiento excepcional para la totalidad de las prestaciones. En segundo lugar, es preciso comenzar inmediatamente la ejecución del contrato, en concreto en el plazo de un mes (art. 120.1.c) LCSP), pues de lo contrario sería difícil desde un punto de vista lógico argumentar la concurrencia real de emergencia. Por último, en el caso de contratos de la Administración General del Estado, debe darse cuenta de la declaración de emergencia al Consejo de Ministros en el término de un mes, precepto que se aplica de manera supletoria respecto de los Consejos de Gobierno de algunas comunidades autónomas como la de Madrid. En otras, su normativa interna establece también la preceptiva toma de razón por el Consejo de Gobierno²⁷.

²⁷ Es el caso del art. 3.2.b) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Por supuesto, la contratación por emergencia, y más si, como veremos más adelante, se lleva a cabo mediante pago por adelantado de la totalidad del precio al contratista, presenta también serios inconvenientes. Sin necesidad de entrar en el riesgo siempre presente de que la relajación de los procedimientos pudiera dar lugar a prácticas corruptas, apostar por un procedimiento tan expeditivo en una situación de tensión en los mercados puede dar lugar —y de hecho ha dado— a compras de suministros que no llegan o no lo hacen a tiempo, o que presentan defectos que los hacen inservibles. Por ello ha de reiterarse la necesidad de que el sistema de detección de pandemias y los instrumentos políticos para adoptar las medidas necesarias en tal eventualidad estén perfectamente diseñados y se pongan en práctica, puesto que el adelanto de la reacción en unas pocas —tal vez muy pocas— semanas hubiera sido mucho más eficiente. El ocultismo de las autoridades chinas puede servir de excusa parcial, pero la situación de Italia debiera haber encendido las alarmas.

Dicho lo anterior, y una vez que no queda más remedio que trabajar con la contratación de emergencia, se impone para conjugar la eficacia en términos de rapidez en los suministros con la eficiencia en el uso de recursos públicos, en primer lugar mantener la idea de la excepcionalidad de esta forma de tramitación, de manera que las memorias y las declaraciones correspondientes expliciten suficientemente la conexión —que muchas veces será evidente, pero otras no tanto— entre el contrato en cuestión y la gestión de la pandemia. Asimismo, abandonar las formas más excepcionales en cuanto la situación del mercado lo permita, puesto que la tramitación por emergencia no excluye, si es posible, la solicitud de ofertas a varios licitadores, el pago a la recepción del objeto del contrato, etc., e incluso, insistamos, según la situación lo vaya permitiendo, acudir a formas ordinarias de tramitación acelerada. Y ligado a esto, la idea de que la transparencia en la contratación no ha desaparecido²⁸. Si los órganos de contratación son conscientes —y con la normativa en la mano no les va a quedar más remedio— de que antes que después todos los expedientes han de hacerse públicos y someterse al escrutinio general, lógicamente se cuidarán de que su actuación, además de expeditiva, haya sido suficientemente prudente y respetuosa con la legalidad.

²⁸ En este sentido se pronuncia J. M.^a Gimeno Feliú (2020b), *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> (consulta el 19 de mayo de 2020). Señala este autor que siguen siendo directamente aplicables disposiciones como la publicidad de los acuerdos de adjudicación y formalización de contratos (ex. art. 154 LCSP y las obligaciones derivadas del art. 8 de la Ley 19/2013, sin olvidar otras como las prohibiciones para contratar y los conflictos de interés de la LCSP (págs. 5-6).

2. ALGUNAS DIFICULTADES IMPREVISTAS

2.1. *La centralización de las compras en un ministerio que hace años que apenas contrata*

La experiencia de la gestión de las compras, en particular las efectuadas para atender necesidades derivadas de la pandemia, ha puesto de manifiesto algunos errores de consideración en las primeras decisiones adoptadas para articular la declaración de estado de alarma. La primera de ellas es la fallida centralización de la gestión en torno sobre todo al Ministerio de Sanidad. El Real Decreto 463/2020 establece en su art. 4 una estructura de poder que sitúa como autoridad competente del estado de alarma al Gobierno (art. 4.1), en línea con lo previsto en el art. 7 de la LO 4/1981 por afectar la pandemia a todo el territorio nacional. Sin embargo, inmediatamente a continuación se le desapodera de esta función para situar como autoridades competentes por delegación, y bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, «para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en» el Real Decreto, a los Ministros de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes, Movilidad y Agenda Urbana²⁹. Cada uno de ellos en su ámbito de competencias, salvo el Ministro de Sanidad que ostenta la competencia residual. Esta estructura organizativa se ve reforzada a lo largo de todo el Real Decreto, puesto que, a pesar de mantener la gestión ordinaria de las comunidades autónomas y entes locales, especialmente en el ámbito sanitario, lo cierto es que se subraya su dependencia jerárquica respecto de las autoridades competentes. Así, todas ellas quedan habilitadas para «dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981», sin que para ello sea «precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno» (art. 4.3).

En la misma línea, «los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales quedarán bajo las órdenes directas del Ministro del Interior, a los

²⁹ Hay que recordar que el propio art. 7 de la LO 4/1981 preveía que la autoridad competente por delegación fuera el presidente de una comunidad autónoma si el presupuesto de hecho desencadenante de la declaración se circunscribiera a su territorio. En este sentido, se ha recordado que «estamos ante una Ley de 1981, cuando el “Estado autonómico” estaba naciendo, y que no se ha reformado para atender a la nueva realidad institucional. En esta línea, si alguna Comunidad entendiera que se vulneran sus competencias podría presentar un conflicto ante el Tribunal Constitucional». Véase M. Presno Linera (2020), *Breves —y provisionales— consideraciones sobre el alcance del estado de alarma que se va a decretar*, disponible en <https://bit.ly/2HjdG8S> (consulta el 29 de mayo de 2020).

efectos de este real decreto», del mismo modo que «los servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil» (apdos. 1 y 3 del art. 5). La gestión ordinaria del resto de Administraciones debe ejercerse «en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma» (art. 6). Asimismo, «todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad» (art. 12.1), quien además «se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio», así como «aquellas facultades que resulten necesarias a estos efectos respecto de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada» (apdos. 2 y 6 del art. 12). En fin, el ministro de Transportes queda habilitado, «en relación con todos los medios de transporte, cualquiera que sea la Administración competente sobre los mismos», para dictar, sin que sea «precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno», «los actos y disposiciones que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para establecer condiciones a los servicios de movilidad, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares» (art. 14.1).

El resultado de esta concentración de mando, al menos por lo que respecta al Ministerio de Sanidad, y sin perjuicio de la indudable constitucionalidad de este aspecto del Real Decreto³⁰, ha sido desgraciadamente muy negativo³¹. Ciertamente, en la gestión de la crisis por parte de los Ministerios de Transportes, Interior y Defensa pueden haberse producido errores, como por lo demás ha sucedido en el resto de las Administraciones públicas, pero en conjunto han respondido a lo que se necesitaba de ellos. Sin embargo, la centralización de las competencias

³⁰ Se ha dicho, con cierta razón sobre todo en la segunda parte de la afirmación, que «los principios informadores del “derecho de crisis” son el de “estatalización”, que implica el control por el poder público de recursos del sector privado, y el de “centralización” de las competencias y de la toma de decisiones». Véase J. Tajadura Tejada (2020), «Derecho de crisis y constitución», *El País*, 20.3.2020, https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584364474_350250.html (consulta el 29 de mayo de 2020). En este sentido, sería conveniente analizar pro-futuro cómo articular este desapoderamiento de las comunidades autónomas por la vía del art. 116 CE con la posición del Senado como guardián del derecho de excepción autonómico que parece deducirse del art. 155 CE. Recuérdese que la STC 89/2019, de 2 de julio, señala al respecto que «Gobierno y Senado son aquí llamados por la Constitución a actuar como garantes del ordenamiento integral del Estado» [...] o de la «totalidad de la organización jurídico-política de la Nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran».

³¹ Esta visión es compartida por quien concluye que: «Construir desde la nada una estructura de gestión sanitaria inexistente pospone en el tiempo la adopción de decisiones relevantes y obliga a actuar con muy poca información acumulada, como evidencia que la constitución del Comité científico de asesoramiento haya tardado más de una semana (no desde el inicio de la crisis, sino desde el posterior decreto de alarma)»

de gestión sanitaria en el ministro de Sanidad ha sido un fracaso en lo relativo a la puesta a disposición de los medios humanos y materiales para hacer frente al riesgo de colapso del sistema sanitario. Y la razón es sencilla. Desde las reformas estatutarias de 1998 a 1999, todas las comunidades autónomas han asumido las competencias de gestión en el ámbito sanitario, dentro de la legislación aprobada por el Estado, asunción que, lógicamente, ha ido acompañada del personal y los medios materiales y presupuestarios necesarios. Quiere ello decir que el Ministerio de Sanidad es una estructura administrativa muy ligera, que mantiene competencias muy importantes de coordinación del sistema, pero que no tiene ya experiencia en gestión de personal y en adquisición y organización de medios materiales³². Únase a esto lo reciente de la reorganización del Ministerio (el Real Decreto de estructura orgánica se aprueba la misma semana que la declaración del estado de alarma) y de incorporación de su cúpula y se tendrá el cóctel perfecto para lo que se ha producido. La centralización de compras, que en un principio fue reivindicada con toda intensidad por el ministro³³, ha conducido a un colapso de los suministros de los sistemas de salud de las Comunidades autónomas, que no ha podido ser remediado más que muy parcialmente con la ayuda prestada

³² Baste ver para ello la prolija descripción de las competencias de la Secretaría General de Sanidad que se contiene en el art. 2.1 del Real Decreto 454/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, a saber, «desempeñar las funciones concernientes a salud pública, coordinación interterritorial, alta inspección, planificación sanitaria, elaboración y actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, ordenación de las profesiones sanitarias y desarrollo y ejecución de la política farmacéutica, así como las funciones relativas a la financiación pública y fijación del precio de medicamentos y productos sanitarios, la realización de actividades tendentes a la traslación de la innovación y avances de la investigación, en particular en materia de medicina personalizada y de precisión, al Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Ministerio de Ciencia e Innovación, y el desarrollo de la política del Ministerio en materia de coordinación de la política de trasplantes. Igualmente le corresponde la elaboración de los sistemas de información y el impulso de estrategias de salud y programas de calidad en el Sistema Nacional de Salud, y las actuaciones pertinentes en los ámbitos de la seguridad de los alimentos destinados al consumo humano, incluyendo la nutrición y los aspectos de calidad con incidencia en la salud y la seguridad de la cadena alimentaria».

³³ De este modo, el preámbulo del Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, que modifica la Ley Orgánica 3/1986 para añadir los productos necesarios para la protección a la salud a los suministros centralizados que puede acordar el Gobierno, señala que «las excepcionales dificultades de abastecimiento existentes en nuestro sistema nacional de salud, conllevan que la habilitación conferida al Estado para poder llevar a cabo el suministro centralizado de medicamentos y productos sanitarios sea insuficiente para poder garantizar el adecuado abastecimiento del material necesario para la prevención del COVID-19 en nuestro sistema nacional de salud, siendo preciso extender esta habilitación a otros productos necesarios para la protección de la salud que no tengan la naturaleza de producto sanitario».

por otros departamentos ministeriales como Hacienda, a través de su central de compras, Economía³⁴ o Industria³⁵, y del que solo se ha podido salir, como ya se ha apuntado, por medio del reconocimiento renuente de la capacidad de compra de las comunidades autónomas.

¿Qué alternativas hubieran podido contemplarse? Evidentemente es siempre más sencillo opinar a toro pasado. Tal vez hubiera sido excesivo —o al menos hubiera requerido un consenso con las comunidades autónomas que no se buscó, y que en todo caso hubiera sido difícil de conseguir en el contexto político actual— situar también como autoridad delegada a los presidentes autonómicos o, mejor, a los consejeros de Sanidad de cada comunidad, bajo la coordinación del ministro. Pero desde luego no hubiera estado de más que los mecanismos de «gobernanza» que se aprobaron posteriormente para el alivio del confinamiento³⁶ se hubieran adoptado desde el primer momento y que se hubiera permitido también sin dudas desde la declaración de la alarma que cada comunidad continuara con los procesos de compra que estaban ya llevando a cabo. En cualquier caso, la celebración de conferencias de presidentes autonómicos o de conferencias sectoriales de sanidad con posterioridad a la adopción de las distintas medidas no parece el mejor de los procedimientos, pues a nadie escapa que hubieran sido mucho más útiles de haberse celebrado antes, de modo que pudieran ser oídos para valorar las propuestas del Gobierno. Experiencias como la Comisión de coordinación entre el Ministerio de Sanidad y la Comunidad de Madrid en 2014 para gestionar el brote de virus ébola podrían haberse tenido en cuenta³⁷.

2.2. *El colapso de la oferta ante la abrumadora demanda internacional: necesidad de adaptar los medios de pago*

Por otro lado, el colapso de los mercados provocado por el repentino crecimiento exponencial de la demanda de los suministros necesarios para hacer frente a la enfermedad —equipos de protección individual (mascarillas, batas, guantes

³⁴ Se ha dicho que ha sido necesario acudir a la asistencia de los técnicos comerciales del Estado. Véase la noticia en *La Información*, el 2 de abril, disponible en <https://bit.ly/3m4DF2U> (consulta el 29 de mayo de 2020).

³⁵ Véase la noticia aparecida en *Vozpopuli* el 2 de abril de 2020, <https://bit.ly/3jfljWj> (consulta el 30 de mayo de 2020).

³⁶ Véase la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad.

³⁷ Se trata de la Comisión de coordinación frente a la alerta internacional por el brote del virus ébola, en la que participaron los responsables de salud pública y de asistencia sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid, así como la Dirección General de Salud Pública y la Central de Alertas de la Secretaría General de Sanidad y Consumo del Ministerio. Véase la nota de prensa disponible en <https://bit.ly/3m0JtL4> (consulta el 30 de mayo de 2020).

de nitrilo, pantallas faciales), o geles desinfectantes, pero también respiradores, imprescindibles para cada una de las camas de cuidados intensivos y los distintos tipos de test para detectar la presencia del virus— ha puesto de manifiesto la discordancia entre la flexibilidad del derecho de la contratación y el que ordena el procedimiento del gasto y ha generado tensiones que han tenido que resolverse por la vía de la aprobación de normas especiales. En efecto, en muchos de estos mercados internacionales, los contratistas han exigido el pago por adelantado a la entrega de los suministros, entre otras razones porque ante la falta de material almacenado han comenzado a trabajar bajo pedido y ellos mismos han tenido que adelantar los pagos a sus proveedores de materias primas y componentes. Esto por no hablar de la feroz competencia entre los gobiernos, que no han dudado en los momentos de mayor desesperación en ofrecer por partidas ya comprometidas sumas muy superiores al precio efectivamente pagado por otro gobierno para hacerse con ellas en su lugar, o que incluso han incautado transportes que simplemente pasaban por su territorio.³⁸

En efecto, la legislación presupuestaria contempla algunos instrumentos dirigidos a flexibilizar las reglas generales de ordenación de gastos, incluyendo la posibilidad de aprobar libramientos a justificar, es decir, sin haberse producido todavía la circunstancia justificativa de la obligación de pago, previsión que contempló ya expresamente el art. 16.3 del RDL 7/2020 en su primera redacción. Ahora bien, lo cierto es que tales procedimientos tienen límites importantes. Así, la legislación contractual exige que el precio se pague por prestaciones realizadas (art. 198.1 LCSP). Es cierto que también permite adelantar cantidades al contratista a cuenta de los gastos iniciales en que pueda incurrir para proceder al cumplimiento del objeto del contrato, pero exige como condición que preste garantía por dichos pagos (arts. 198.3, con carácter general, y 240.2 LCSP, en este caso para el contrato de obras). Para evitar este inconveniente, la disposición adicional 6 del RDL 8/2020³⁹ introdujo la siguiente previsión

³⁸ Así, por centrarnos en nuestro país, la prensa se ha hecho eco de la incautación de mascarillas con destino a España e Italia por parte de Francia o de respiradores de Turquía a España. Véase al respecto, para la primera, la noticia publicada en *El Mundo* el 2 de abril <https://bit.ly/2J7kVRS> (consulta por última vez el 24 de mayo de 2020). Para la segunda, en el mismo diario, el 4 de abril, disponible en <https://bit.ly/398TrX0> (consulta el 24 de mayo de 2020). Para las compras desviadas a otros países, podemos citar el caso de una empresa de los Estados Unidos, que logró desviar en Tailandia un cargamento de mascarillas tipo FFP2 y FFP3 adquiridas por el Gobierno de la Ciudad libre de Berlín. Véase la noticia en *El Confidencial* del 4 de abril, disponible en <https://bit.ly/37oWUjs> (también visitada el 24 de mayo de 2020). No obstante, lo habitual ha sido que la doble venta se produjera mientras el material se encontraba aún en el país de origen, China fundamentalmente, incluso a pie de aeropuerto. Véase al respecto la noticia de la Agencia EFE de 1 de abril, disponible en <https://bit.ly/34dnNVy> (consulta el 24 de mayo de 2020).

³⁹ Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

en el art. 16.2: «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 LCSP, 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». De esta manera, se eliminaba el requisito de la garantía de los adelantos.

No obstante, esta previsión se ha revelado como absolutamente insuficiente. La realidad ha sido que había que pagar por anticipado por envíos cuya realización efectiva era incierta, e incluso por material que en ocasiones no se ajustaba a lo acordado, no cumplía con la normativa de calidad europea o, simplemente, no servía al propósito para el que fue adquirido⁴⁰. El problema en este caso era quién asumía la responsabilidad por el quebranto causado a la Hacienda Pública en el caso de producirse esta eventualidad.

El RDL 9/2020⁴¹ vino a ofrecer una solución radical, por medio de su disposición final 2, que contempla los casos en que «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». En primer término, flexibiliza la condición de órgano competente para formalizar el contrato, pues, sin perjuicio de la posible avocación por el ministro de Sanidad, declara que esta actividad «corresponderá al Jefe de la Misión o Representación Permanente, con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero». Por otra parte, se reducen también los requisitos formales, pues bastará con que el contrato se formalice por escrito (art. 16.4) quedando además suprimida la obligación de emitir factura electrónica por parte del contratista, prevista en la Ley 25/2013⁴² (art. 16.5 RD 7/2020). En tercer lugar, para agilizar los pagos, se establece que: «Los libramientos de los [...] 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». Y lo más importante, quién responde si todo sale mal, puesto que ningún órgano de contratación va a querer

⁴⁰ Circunstancia esta que se ha dado con demasiada frecuencia en la adquisición de test para la detección de la enfermedad, por ejemplo. Véase, por todas, la primera noticia sobre falta de fiabilidad de test rápidos aparecida el 16 de marzo, disponible en <https://bit.ly/3o5g-7MV> (consulta el 26 de mayo de 2020).

⁴¹ 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.

⁴² Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

firmar la compra si tiene que hacer frente a una responsabilidad patrimonial⁴³ o incluso una responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas.⁴⁴ Aquí el último párrafo del nuevo apdo. 4 del art. 16 trae la novedad más importante: «El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado», previsión absolutamente excepcional, solo admisible en estas circunstancias.

Quedaba aún una cuestión fundamental, como era la necesaria extensión a las comunidades autónomas de todas estas disposiciones, puesto que, a pesar del estado de alarma, no han quedado exoneradas de sus responsabilidades en materia de gestión ordinaria. En este sentido, el art. 6 del RD 463/2020 establece claramente que: «Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma». De primeras, el RDL 7/2020 prescindió totalmente de estas Administraciones, así como de los entes locales, puesto que la posibilidad de acudir a la tramitación de emergencia se reconoció exclusivamente a «los órganos de la Administración General del Estado». Es importante destacar la falta de lealtad institucional que encierra esta previsión, puesto que no se facilitó la tarea de unas Administraciones autonómicas en un momento (el 12 de marzo) en el que todavía no se había acordado el estado de alarma y el Gobierno no había asumido la posición de autoridad competente. Ciertamente, estas Administraciones pudieron acudir a la tramitación de emergencia, puesto que está regulada con carácter general en la LCSP, según se ha visto, pero tuvieron que justificarlo de manera específica⁴⁵ y con la dificultad de que, en principio, el art. 120 LCSP no cubre las prestaciones indirectamente relacionadas con la enfermedad. Tampoco el RDL 8/2020 extendió estas previsiones más allá de la Administración General del Estado.

⁴³ El art. 36.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, exige a las Administraciones depurarla frente a sus autoridades y funcionarios «por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves».

⁴⁴ Véanse los términos en los que aparece regulada en los arts. 38 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y 49 y siguientes de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

⁴⁵ Por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación pública en Dictamen nº 17/2019, en relación con la tramitación de emergencia, subraya que: «Cuando el legislador aborda la regulación del procedimiento de emergencia transmite la idea de que la principal cautela que debe mantenerse respecto del empleo de este procedimiento es el adecuado respeto del principio de concurrencia y de igualdad de los licitadores y que, *sólo en determinados supuestos absolutamente excepcionales*, tales principios 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».

Hubo que esperar al RDL 9/2020, dictado ya el 27 de marzo, cuando se comprueba el colapso de los mercados y la incapacidad del sistema de adquisición centralizada en manos del Ministerio de Sanidad, para que se extendieran de manera expresa buena parte de las previsiones expuestas sobre tramitación de emergencia al resto de entes del sector público. Ahora bien, la redacción del texto permite albergar dudas acerca de si las facilidades otorgadas en el apdo. 4 en materia de contratos celebrados en el exterior se extienden también a todas las entidades del sector público, dado que las entidades y órganos que en este se mencionan corresponden exclusivamente a la Administración General del Estado. Tampoco el preámbulo aclara mucho, ya que señala que se modifica el repetidamente citado art. 16 RDL 7/2020 «al objeto de ampliar la tramitación de emergencia para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19, previsto en el mismo, a todo el sector público». No obstante, cuando menciona las reformas del apdo. 4 se refiere de manera ambigua al «ámbito de la Administración [sin adjetivos] en el exterior».

La duda ha de resolverse acudiendo a una interpretación teleológica proporcionada por la posición de las demás Administraciones ante la crisis sanitaria. En este contexto, el Real Decreto 463/2020, aunque designa como autoridad competente al Gobierno y por delegación al ministro de Sanidad, así como a los Ministros de Defensa, Interior y Transportes, se encarga de mantener, como hemos señalado, las competencias de gestión ordinaria —siempre bajo sus órdenes— del resto de Administraciones para sus respectivos servicios, entre ellos el sanitario (art. 6). Esta previsión se reproduce en particular al referirse al ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que, tras reiterar la posición de autoridad del ministro de Sanidad, el art. 12.2 dispone que: «Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, *asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento*» [las cursivas son nuestras]. Por otra parte, ante la situación de colapso de los mercados y la incapacidad del Ministerio de proveer adecuadamente por medio de la contratación centralizada de los suministros necesarios, optó, como veremos con algo más de detalle más adelante, y a través de una fórmula un tanto ambigua⁴⁶, por autorizar a las comunidades autónomas y otras Administraciones a llevar a cabo por sí mismas las compras que necesitasen, incluyendo las compras en el exterior.

Pues bien, si las comunidades autónomas y entidades locales quedaban obligadas a asegurar el correcto funcionamiento de sus servicios sanitarios y el Ministerio les habilitaba la posibilidad de acudir a los mercados internacionales para abastecerse, en las condiciones en las que el Ministerio conocía que estaban

⁴⁶ A través de una nota interpretativa de 17 de marzo, el ministro de Sanidad matizaba que la compra centralizada por la que se había apostado en un primer momento debía entenderse «sin perjuicio de las facultades que otras entidades pudieran tener al respecto».

estos mercados, ha de entenderse que debían poder hacerlo con las mismas facilidades que la Administración General del Estado, singularmente el traslado del quebranto que pudiera producirse a los presupuestos respectivos. De otra forma, la habilitación concedida hubiera carecido de cualquier efecto práctico, puesto que no hubieran podido formalizar ningún contrato en unos mercados que estaban exigiendo el desembolso anticipado total del precio. Sentado lo anterior, pueden ampliarse a todas las entidades del sector público las facilidades para la contratación en el exterior que hemos analizado, bien a través de una cláusula de poderes implícitos, bien a través de la aplicación supletoria del derecho estatal, por considerar que la omisión a las Administraciones territoriales se trataba de una laguna⁴⁷.

2.3. *El carácter disuasorio de la posibilidad de requisas*

Un último obstáculo que se ha revelado como contraproducente es la previsión contenida en los arts. 4.3, 8.1 y 13 del RD 463/2020 acerca de la intervención en mercados y en los centros de producción de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública afectados por el desabastecimiento. Dicha intervención se prevé llevar a cabo por medio de órdenes, ocupación temporal de empresas y la práctica de requisas, así como la imposición de prestaciones personales. Todas estas medidas, además de recogidas en el Real Decreto, están autorizadas por la LO 4/1981 en su art. 11, del que el Real Decreto parece una mera adaptación al caso concreto, eso sí, con el importante añadido de que se establece expresamente (art. 4.2) que tales actos pueden tomarse de plano, sin necesidad de procedimiento administrativo alguno, con la única excepción del informe previo a la Administración autonómica o local correspondiente si se ordenan de oficio⁴⁸. No obstante, casi todas ellas han sido llevadas a la práctica con mayor o menor intensidad⁴⁹, con la única —y significativa— excepción, al menos a escala esta-

⁴⁷ Una línea similar ha sido asumida por algún servicio jurídico autonómico, como sucede con la Nota sobre el alcance del art. 16, apartado cuarto, del Real Decreto Ley /2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, elaborada por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid el 31 de marzo de 2020.

⁴⁸ En este sentido, véanse en especial el art. 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el art. 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

⁴⁹ Así, la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, pone a disposición de las comunidades autónomas los centros y establecimientos sanitarios privados, su personal y las mutuas de accidentes de trabajo para garantizar la asistencia sanitaria de la población. En la misma línea la Orden SND/344/2020, de 13 de abril, mediante la que se ha impuesto a los centros, servicios

tal, de la difusión en medios de comunicación de mensajes de servicio público relacionados con las medidas de prevención frente a la COVID-19⁵⁰. De todas ellas, las que se han mostrado más perniciosas para el abastecimiento han sido las requisas y órdenes de fijación de precios, especialmente de EPIs y de productos de higiene⁵¹.

En efecto, ya la mera previsión normativa, que por otra parte ha llegado a ser objeto de desarrollo por orden ministerial⁵², ha generado dudas en contratistas

y establecimientos sanitarios de diagnóstico clínico de titularidad privada la obligación de estar disponibles para entrar a formar parte o reforzar los circuitos de diagnóstico ya existentes. Otras normas reseñables son las Órdenes SND/233/2020, de 15 de marzo, y SND/276/2020, de 23 de marzo, que imponen obligaciones de información a los fabricantes, importadores y personas jurídicas con capacidad de desarrollo de determinados productos sanitarios, así como obligaciones de información, abastecimiento y fabricación a los fabricantes y titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos clasificados como esenciales. La larga lista de normas nos impide ser exhaustivos. No obstante, quien pretenda profundizar en la cuestión puede consultar el apartado relativo a normativa sobre COVID-19 en el sitio web del Boletín Oficial del Estado, puntualmente actualizado.

⁵⁰ Esta se ha llevado a cabo a través de contratos no solo con la agencia responsable de su elaboración, que es razonable, sino también con los medios de comunicación en los que deben producirse las inserciones, lo que es ya menos explicable, pues la ordenación de inserción gratuita de cuñas de información entra de lleno en el ámbito de las prestaciones personales obligatorias y además enlaza con la obligación impuesta por el art. 19 del RD 463/2020 sobre los medios de comunicación de titularidad pública y privada de difundir los mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes delegadas, así como las Administraciones autonómicas y locales, consideren necesario emitir. Esta es la interpretación que se ha llevado a cabo en algunas Administraciones territoriales, como la Comunidad de Madrid, donde la Abogacía General, al amparo de la legislación general y del tenor literal del propio Real Decreto, ha considerado que la difusión de mensajes ha de ser gratuita.

⁵¹ Así, la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19, se ha regulado el procedimiento para la fijación por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos del importe máximo de venta al público de algunos productos sanitarios y otros necesarios para la protección de la salud. Dicha Comisión ha fijado, a través de los Acuerdos de 21 de abril y 28 de abril de 2020 los importes máximos de venta al público de las mascarillas higiénicas y de los geles y soluciones hidroalcohólicas, así como el de los antisépticos de piel sana autorizados y de determinados formatos de geles y soluciones hidroalcohólicas.

⁵² Véase la Orden SND/233/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen determinadas obligaciones de información de acuerdo con lo previsto en 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, que obliga a las personas jurídicas, nacionales o extranjeras ubicadas en el territorio nacional, que tengan como actividad la fabricación y/o

de las Administraciones territoriales a la hora de introducir los bienes objeto del contrato en España por miedo a que se les requisaran sin que quedase clara ni la obligación de resarcimiento por parte de la Administración General del Estado, ni menos aún acerca de la cuantía y momento de cobro de la indemnización, aunque la generalidad de la doctrina, con buen criterio, ha considerado que dichas actuaciones generan derecho a indemnización al amparo del art. 3.2 de la LO 4/1981⁵³. El procedimiento aplicable, a falta de otra previsión, puede ser perfectamente el previsto en la legislación de expropiación forzosa, que exige incoación a instancia del interesado, dentro del año siguiente a la producción del daño, plazo considerado de prescripción⁵⁴.

Por supuesto, la ejecución de tales requisas, aun cuando no parece haber sido cuantitativamente muy alta, ha acentuado este temor, en especial en los momentos de mayores dificultades de abastecimiento, y ha contribuido a agravar precisamente lo que trataba de evitar⁵⁵. Hubiera sido necesario, para evitar esta confusión, no tanto no regular tales requisas, sino haber introducido aclaraciones, como la limitación en el caso de adquisiciones por parte de entidades públicas y empresas —que en muchos casos se han encontrado con que se les requisó el material que habían adquirido para cumplir con las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo o con los acuerdos alcanzados con sus respectivos comités de seguridad laboral— de manera que el proveedor pudiera evitar la incautación de los suministros simplemente con la exhibición de un certificado expedido conforme a un modelo normalizado o del contrato correspondiente. El vehículo jurídico bien podría haber sido una Orden del Ministerio de Sanidad como autoridad competente delegada. Algo parecido tuvo que acordar el Ministerio de Sanidad al poco de iniciarse el estado de alarma cuando, en Nota

importación capacidad de desarrollo de alguno de los productos recogidos en el apartado tercero (componentes de los EPIs, geles hidroalcohólicos, respiradores, etc.) a suministrar al Ministerio de Sanidad, en el plazo de dos días naturales desde la publicación de la Orden, la información sobre tales productos incluida en el Anexo.

⁵³ Véase al respecto G. Domenech Pascual (2020), «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19», *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, 86-87, págs. 102-109. En la misma línea, la noticia publicada por el Despacho de Abogados Garrigues, «COVID-19: Requisa de bienes, prestaciones obligatorias y otras medidas de intervención durante el estado de alarma», *Comentario Administrativo España*, disponible en <https://bit.ly/3m0dZV1> (consulta el 22 de mayo de 2020).

⁵⁴ Arts. 120 a 122 de la Ley 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa.

⁵⁵ En el mismo sentido, véase A. Nogueira López (2020: 29), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, págs. 22-31. Señala esta autora que «las obligaciones centralizadas de información y requisas de material sanitario acordadas al amparo del estado de alarma tuvieron un efecto rebote desabasteciendo a los sistemas sanitarios autonómicos de material sanitario de primera necesidad y desviando partidas ya contratadas a otros países más ágiles en la contratación».

interpretativa⁵⁶, se vio obligado a aclarar, respecto de la Orden SND/233/2020, que su objetivo es «el conocimiento por parte de este Ministro del stock existente, así como la capacidad de desarrollo por parte de los sujetos obligados [...] de los productos establecidos en el apartado tercero, sin que se haya previsto actividad de incautación, confiscación, o requisa alguna».

III. LA CONTRATACIÓN ORDINARIA

1. LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y LAS NUEVAS LICITACIONES

Pasando ya a la contratación ordinaria, el primer elemento que debe tomarse en consideración es la suspensión de plazos administrativos acordada por la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020. Aunque volveremos sobre ella al tratar de los recursos contractuales, conviene destacar ya que la interpretación que ha prevalecido es la de la suspensión general de actuaciones administrativas, siguiendo la declaración general del apdo. 1: «Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público», entendidas éstas según el ámbito de aplicación establecido en la LPAC⁵⁷. Quedan fuera de esta suspensión los plazos en materia tributaria y en los procedimientos de afiliación, liquidación y cotización de la Seguridad Social⁵⁸. La suspensión no impide, no obstante, continuar, mediante acuerdo motivado, con aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Tampoco se excluye la adopción, igualmente mediante resolución motivada, de las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que este manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo. En el ámbito de la Administración General del Estado, este precepto ha conducido a una criticable —por cuanto supone obviar las posibilidades ofrecidas por las tecnologías digitales y el principio de que la relación electrónica con la Administración es la regla general, establecido en las Leyes 39 y 40/2015⁵⁹— paralización general de la

⁵⁶ Nota Interpretativa del ministro de Sanidad de 17 de marzo de 2020, párrafo primero.

⁵⁷ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵⁸ Esta exclusión se incorporó por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

⁵⁹ Sobre esta cuestión, véase F. Pascua Mateo (2016), «La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, págs. 197-224.

actuación administrativa, de manera que incluso se ha considerado que impide la resolución de procedimientos ordinarios, aunque ya se hubiera concluido la tramitación⁶⁰.

Por supuesto, esto ha afectado a todos los contratos no relacionados con la COVID-19, cuyas licitaciones se han paralizado. Obviamente, una medida tan drástica y que obedece a la premura de redacción del Real Decreto de declaración del estado de alarma, ha tenido que levantarse antes de su vencimiento. Y esta decisión se ha llevado a cabo por medio de la disposición adicional octava del Real Decreto Ley 17/2020⁶¹, por la que «se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, [...], siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos». Se aclara, además, que: «Lo dispuesto en el párrafo anterior permitirá igualmente el inicio de nuevos procedimientos de contratación cuya tramitación se lleve a cabo también por medios electrónicos». Dice a este respecto, a efectos de justificación, su preámbulo que

Aunque la norma establecía algunas excepciones, la prolongación de la duración del estado de alarma ha podido llegar a provocar en ciertos casos una situación de posible perjuicio para los intereses públicos que todos los diferentes contratos públicos tratan de servir» [por lo que] «si bien en su momento parecía lógico que en la fase inicial del estado de alarma se adoptasen medidas más intensas con el fin de evitar el perjuicio de los derechos de los administrados ante las medidas limitativas necesariamente impuestas para luchar contra el COVID-19, en el momento actual, en que se ha iniciado una mejora de la situación y una progresiva relajación de las medidas acordadas, parece lógico alzar la suspensión general impuesta a las licitaciones públicas en todos aquellos supuestos en que no pueda existir merma alguna para los derechos de los licitadores.

⁶⁰ La razón estriba en la indebida identificación por parte de la Abogacía del Estado entre suspensión de plazos y prohibición de resolver. A estos efectos puede citarse el Informe de la Abogada General del Estado (Ref.: A.G. POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA 3/20 (R-405/2020)), donde se concluye taxativamente que: «Por tanto, la suspensión establecida por la disposición adicional tercera se refiere no sólo a los trámites que los interesados deban cumplimentar o a los plazos para interponer recursos o reclamaciones, sino que se extiende también a las actuaciones de impulso del procedimiento que el art. 71 de la LPACAP, así como a la obligación de resolver que establece el art. 23 de la misma Ley» (pág. 7). El informe está disponible en <https://bit.ly/2HiaKZW> (consulta el 31 de mayo de 2020).

⁶¹ Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019.

2. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN IMPOSIBLE EN EL ESTADO DE ALARMA: LA COMPENSACIÓN AL CONTRATISTA

Por otro lado, y sin pretender agotar la casuística de esta cuestión que, de seguro, llenará las salas de los tribunales en los próximos meses, debemos hacer mención a la situación en la que quedan los contratos ya formalizados en el momento de adopción de medidas relativas a la COVID-19, cuya prestación no puede llevarse a cabo —totalmente o en el plazo previsto— precisamente a causa de tales medidas. En este caso, el principio de riesgo y ventura del contratista⁶², especialmente intenso en las figuras concesionales, debe quedar atenuado por la aparición de una circunstancia de fuerza mayor, como es la estudiada⁶³. En este sentido, aunque el RD 463/2020 no modifica por sí mismo la aplicación de las reglas generales de la LCSP, sí lo ha hecho el art. 34 del RDL 8/2020, aplicable a los contratos públicos, incluidos los celebrados en los tradicionalmente conocidos como sectores excluidos⁶⁴. Este precepto no es, en cambio, aplicable a aquellos contratos que deben necesariamente ejecutarse durante el propio estado de alarma, como ocurre con aquellos cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria, con los de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos⁶⁵, o los contratos necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.

Podemos sistematizar este largo precepto de la siguiente manera.

Por lo que respecta a la protección del contratista frente a una posible penalidad por incumplimiento del tiempo de ejecución, aplicable a los contratos de servicios y de suministros de tracto único, se establece que no se resolverá el con-

⁶² La STJUE, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, de 10 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:130, sitúa en su párrafo 26 el riesgo de explotación por parte del contratista como uno de los elementos definidores del contrato de concesión de servicios, frente al contrato de servicios. En España la construcción clásica se remonta a García de Enterría, E., (1950), «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, (2), págs. 83-108.

⁶³ Al respecto, véase J. M.^a Gimeno Feliú, (2020b: págs. 2-3), quien, al amparo del art. 1105 CC y de la jurisprudencia, incluye dentro de este concepto al riesgo imprevisible. La LCSP solo la contempla como causa de indemnización al contratista en los contratos de obras (art. 239), concesión de obras (art. 254) y concesión de servicios (art. 290). El autor, con buen criterio, sugiere extender este régimen al resto de figuras contractuales.

⁶⁴ Este texto ha sido modificado por medio de los Reales Decretos Leyes 11 y 17/2020.

⁶⁵ Salvo que se trate de contratos de servicios de seguridad y limpieza, en los que sí será posible su suspensión total o parcial, a instancia del contratista o de oficio, si como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la COVID-19, alguno de los edificios o instalaciones públicas quedaran cerrados total o parcialmente, deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados.

trato ni se impondrán tales penalidades si se determina que el retraso es imputable a la COVID-19 y el contratista garantiza su cumplimiento si se le concede un plazo superior, que será, salvo que este pida uno menor, equivalente a la duración de las medidas causantes del retraso. Además, podrá ser compensado por el exceso de salarios pagados hasta el 10% del precio del contrato (art. 34.2).

Por otra parte, para los contratos de servicios y suministros de tracto sucesivo, así como para los de obras, se prevé un régimen muy similar (apdos. 1 y 3 del art. 34), en virtud del cual se procede a la suspensión total o parcial del contrato, previa solicitud motivada por el contratista que acredite la concurrencia de fuerza mayor por COVID-19, resolviendo la Administración en el término de 5 días naturales, con efectos desestimatorios en caso de silencio. De concederse la suspensión, se indemnizará al contratista por los daños causados solo con relación a los siguientes conceptos: i) gastos salariales, ii) gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato, iii) rentas por alquileres y costes de mantenimiento del inmovilizado material, y iv) seguros contratados vinculados al objeto del contrato. Ha de destacarse que este régimen es menos favorable que el general previsto en el art. 208.2 LCSP, cuya aplicación queda expresamente excluida. Parece que se ofrece un régimen más automático y rápido para la percepción de la indemnización a cambio de reducir su cuantía.

Por último, para los contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, las medidas de contención de la pandemia «darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato». Para el cálculo de la indemnización se tendrá en cuenta la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales. La norma no menciona con detalle el procedimiento, salvo para establecer que el restablecimiento debe solicitarse motivadamente por el contratista y previa declaración por el órgano de contratación de la imposibilidad de ejecución del contrato, por lo que deberá aplicarse analógicamente lo dispuesto en los párrafos anteriores, especialmente en materia de plazos y sentido del silencio.⁶⁶

Por su parte, el Real Decreto Ley 26/2020⁶⁷ ha introducido algunas reglas específicas para los contratos de gestión de servicio público en materia de transporte regular de viajeros por carretera de uso general (art. 24) y para los de concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, la

⁶⁶ Al respecto se ha señalado que: «La cuestión no es baladí y pone sobre la mesa la forma de integrar esta laguna, [...] de no fácil solución». Véase X. Lazo Vitoria (2020), *Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?*, OBCP, disponible en <https://bit.ly/3dHdQ5I> (consulta el 31 de mayo de 2020).

⁶⁷ Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

conservación y explotación de las autovías de primera generación y las concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado (art. 25), todos exclusivamente en el ámbito de la Administración General del Estado. En ambos casos, el reequilibrio se rige exclusivamente por estas normas, sin que resulten de aplicación las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato.

El régimen previsto incluye tanto los principios para determinar la procedencia y cálculo de la cuantía de la compensación como el procedimiento para solicitarla y las reglas, a la vez que permiten una cierta compensación al contratista, tratan de minimizar los costes para la Administración⁶⁸. Así, en el caso del servicio de transporte, el reequilibrio se determinará teniendo en cuenta exclusivamente la reducción de ingresos por la disminución de la demanda de viajeros, así como el incremento de los costes por la desinfección de los vehículos durante la vigencia del estado de alarma, todo ello calculado conforme al Anexo I del Decreto Ley. En particular, la reducción de ingresos se calculará con referencia al mismo periodo del año anterior, descontando la disminución de los costes de explotación por reducción de expediciones y los costes laborales respecto a los soportados en dicho periodo de referencia del año anterior. En los contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión haya concluido, se restará a la compensación resultante la suma de los resultados positivos de los ejercicios cerrados desde que se produjera dicho hecho. A estos efectos se entenderá, en todo caso, recuperada la inversión una vez transcurrido el plazo de duración previsto en el contrato, más el año de prórroga impuesto por la Administración.

Por su parte, la regulación del procedimiento prevé la solicitud del reequilibrio ante la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del propio decreto ley, acompañada de los documentos requeridos en el art. 24.3 para probar la caída de ingresos, y la resolución en un término de cuatro meses, también desde la entrada en vigor del decreto ley —no desde la presentación de la solicitud—, transcurridos los cuales, si no ha habido resolución expresa, la solicitud puede entenderse desestimada.

⁶⁸ No obstante, se ha destacado cómo ambos preceptos introducen una cierta flexibilidad para estos sectores en el sistema de reequilibrio por imposibilidad de la ejecución del contrato regulado por el Decreto Ley 8/2020 y que venía siendo objeto de una interpretación rígida por parte de la Abogacía del Estado —véase su Informe de 2 de abril de 2020, Interpretación del art. 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (núm. 394/2020), en el que se descarta que la reducción del número de viajeros por autopistas durante el periodo del estado de alarma pueda considerarse como un supuesto de imposibilidad de ejecución o de fuerza mayor, circunstancia imprevisible o *factum principis*. Al respecto, E. López Mora, (2020), «El “reequilibrio económico” de determinados contratos de concesión a la luz del RDL 26/2020», *Observatorio de la Contratación Pública*, disponible en <https://bit.ly/34ehEIB> (consulta el 21 de septiembre de 2020).

Por lo que respecta a las concesiones mencionadas, el reequilibrio solo procede, por imposibilidad de ejecución del contrato, cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido negativo, y por la menor de las siguientes cantidades: i. el importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma llegue a cero, y ii. la diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior. La compensación consistirá en una ampliación de la duración de la concesión en proporción a la pérdida de ingresos y aumento de gastos, que no podrá en ningún caso superar la duración del estado de alarma. La solicitud ha de presentarse al órgano de contratación antes de noviembre de 2020.

Para los demás supuestos que puedan darse, habrá que acudir al régimen general de suspensión (art. 208) o de modificación del contrato (en este caso, las modificaciones no previstas en el pliego del art. 205 LCSP)⁶⁹, que tampoco descartan la indemnización de los daños al contratista y que incluso pueden llegar a ser más generosas, aunque de más difícil reconocimiento.

IV. EL RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRACTUALES Y EL PREVISIBLE ATASCO JUDICIAL A LA SALIDA DEL ESTADO DE ALARMA

Queda, para concluir, un tema de importancia, como es el sistema de recursos en materia de contratación, que también ha resultado afectado por las medidas adoptadas durante el estado de alarma.

1. LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS PARA RECURRIR

En primer lugar, obviamente, la interposición y resolución de recursos en materia contractual, tanto si se trata del recurso especial como de los recursos ordinarios, han quedado afectados por la suspensión de plazos administrativos acordada en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 y por la suspensión de plazos procesales que establece la disposición adicional segunda⁷⁰.

⁶⁹ En este caso se trataría del art. 205.1.b) por «circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación».

⁷⁰ La suspensión no ha llegado a extenderse a la totalidad del estado de alarma, puesto que la disposición citada se deroga, con efectos de 1 de junio de 2020, por la disposición derogatoria única 2 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por 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. Desde esa fecha, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanuda, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango

Esta previsión, elaborada, lógicamente si se tiene en cuenta lo perentorio de los plazos para redactar este tipo de normas, con precipitación⁷¹ y que en general resulta criticable por la parálisis administrativa que implica —el mensaje que trasmite es que durante el estado de alarma las Administraciones solo van a funcionar para temas estrictos de lucha contra la pandemia y para recaudar impuestos y cotizaciones sociales— ha generado algunos problemas de cierta importancia. En primer lugar, se generaron dudas acerca de cómo reiniciar el cómputo de los plazos, esto es, si, como parece deducirse de la interpretación de la disposición, la cuenta ha de continuar allí donde estaba en el momento de declaración del estado de alarma o si es preciso reiniciar el plazo completo una vez terminada la vigencia de aquel. El Real Decreto Ley 11/2020⁷² vino a solucionar la cuestión en materia de recursos al contemplar una disposición adicional octava en la que, por razones de garantía para el ciudadano, opta con buen criterio por la segunda posibilidad, obviamente más favorable⁷³.

Más compleja es la situación para aquellos contratos respecto de los que se hubiera decidido la continuidad de su tramitación por razones de interés general (apdo. 4 de la disposición adicional tercera) o que estuvieran en fase de ejecución. En efecto, en estos supuestos, especialmente en el primero de ellos, la suspensión del plazo para interponer recurso ha supuesto la posibilidad del inicio de la ejecución del contrato sin que antes haya podido resolverse una eventual impugnación. Este problema es habitual en el régimen de recursos ordinarios, salvo que se paralice mediante una cautelarísima, pero no se daba en los contratos sometidos a regulación armonizada. Ciertamente, tampoco ha sido en general un problema para los contratos relacionados de manera estricta con la COVID-19, toda vez que la tramitación de emergencia, como hemos dicho generalizada tras el RDL 7/2020, excluye la posibilidad de interponer un recurso especial. Pero sí es una debilidad de las garantías del sistema que ha sido oportunamente criticada por la

de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, según establece el art. 9 de dicho Real Decreto.

⁷¹ Prueba de ello es la inmediata adición de sendos apartados adicionales por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, para exceptuar de la suspensión los plazos tributarios y de pago de las cotizaciones sociales.

⁷² Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

⁷³ Con anterioridad a este precepto, la Abogacía del Estado había entendido que una vez levantada la suspensión se producía una reanudación del plazo, no un reinicio de su cómputo. Véase Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, «Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional tercera, de 20 de marzo de 2020», disponible en <https://bit.ly/35Wg3bp> (consulta el 31 de mayo de 2020).

doctrina⁷⁴ y que ha tenido que ser corregida sobre la marcha por el legislador de urgencia. Así, el RDL 15/2020⁷⁵ ha modificado la disposición adicional octava del RDL 11/2020 para establecer que «aquellos procedimientos de contratación cuya continuación haya sido acordada por las entidades del sector público [...] serán susceptibles de recurso especial en los términos establecidos en la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin que el procedimiento de recurso pueda considerarse suspendido». Por tanto, a partir de la entrada en vigor de esta norma —pero no antes—, la interposición del recurso sigue los cauces temporales ordinarios, volviendo a garantizarse su eficacia. Para el resto de los casos, la única vía disponible es la de haber solicitado al órgano competente acordar una medida cautelar entendida como actuación de ordenación estrictamente necesaria para evitar perjuicios a los interesados a los efectos del apdo. 3 de la disposición adicional tercera del RD 463/2020.

2. LA POSIBLE EXTENSIÓN DEL RECURSO (MODIFICADO) ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PARA REDUCIR EL COLAPSO JUDICIAL A LA FINALIZACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Más allá de lo anterior, pero también relacionado con los efectos de las suspensiones de plazos acordadas por el Real Decreto 463/2020, está el problema de cómo sortear el atasco más que previsible en el que se verá incurso la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto termine la vigencia del estado de alarma. Por supuesto, una parte notable de dicho colapso procede de la suspensión generalizada de actuaciones derivada de la falta inicial de medios para un funcionamiento digitalizado de los órganos jurisdiccionales. Y también de la indebida identificación por parte de muchos de sus titulares y de también un número importante de letrados de la Administración de Justicia —que al fin y al cabo tienen que velar por el funcionamiento de la oficina judicial— entre suspensión de plazos procesales y suspensión de todo tipo de actuaciones, pues nada impidió, por ejemplo, durante el estado de alarma, resolver y notificar los casos vistos para sentencia, con suspensión, por supuesto, de los plazos para interponer recurso.

Pero también obedece al previsible incremento de reclamaciones, entre otras, en materia de contratación. En este sentido, la paralización de la contratación ordinaria durante parte del estado de alarma antes referida, así como la laxitud del régimen de tramitación de emergencia y de los contratos menores, van a facilitar que en materia de selección de contratista sea previsible incluso una disminución

⁷⁴ En este sentido, J. M.^a Gimeno Feliú (2020b: 19) e I. Gallego Córcoles, (2020a), «La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial», Observatorio de la Contratación Pública, <https://bit.ly/3o7xaOy> (consulta el 19 de mayo de 2020).

⁷⁵ Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

de la litigiosidad. En línea similar irá la exigencia de acreditar un interés legítimo para recurrir, que será difícil de cumplir si no ha habido una auténtica licitación. Otra cosa es lo que suceda con la ejecución contractual, debido a la incidencia de aquellas actuaciones derivadas del estado de alarma que hayan imposibilitado el cumplimiento de las cláusulas contractuales, o las resoluciones sobre suspensión de los contratos. En estos casos sí es previsible un notable crecimiento de las demandas de los contratistas.

Para limitar los efectos de este colapso, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha presentado varias propuestas referidas a todos los órdenes jurisdiccionales⁷⁶. Tales iniciativas solo han sido parcialmente acogidas, por el momento, por parte del Gobierno, que aprobó el RDL 16/2020⁷⁷, hoy convertido en Ley 3/2020, de 18 de septiembre. En concreto, y al margen de las medidas organizativas de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, se han declarado de tramitación preferente los recursos que se interpongan contra los actos y resoluciones de las Administraciones públicas por los que se deniegue la aplicación de ayudas y medidas previstas legalmente para paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria producida por la COVID-19. Asimismo, se ha reformado la competencia para la ratificación judicial de las medidas de salud pública que pudieran afectar a derechos fundamentales, que siguen en manos de los jueces de lo contencioso solo en el caso de que tengan un destinatario individualizado. En caso contrario, será competente el Tribunal Superior de Justicia correspondiente por razón del territorio, salvo que se adopten por la Administración General del Estado, en cuyo caso será la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional⁷⁸.

Por lo que ahora nos interesa, entre las medidas propuestas y no adoptadas —al menos por el momento, pues habrá que ver si es precisa una reacción al atasco judicial que pueda precisamente producirse una vez comenzado el año judicial— está la de extender el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación a todo tipo de contratos, con independencia de su cuantía, y exclusivamente en lo relativo a estas cuestiones de ejecución⁷⁹. En concreto

⁷⁶ De ellas vamos a centrarnos en las propuestas presentadas el 6 de mayo de 2020. Existe un documento previo, presentado el 7 de abril, en el que ya se incluyen previsiones sobre recursos contractuales.

⁷⁷ Real Decreto Ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

⁷⁸ Se trata de un cambio oportuno, vista la disparidad de criterios que han venido mostrando muchos de los jueces de lo contencioso-administrativo hasta la fecha. El hecho de que se trate de un órgano colegiado ha de favorecer el debate entre sus miembros, y la obligada participación que ahora se prevé expresamente del Ministerio Fiscal debe permitir hacer llegar al Tribunal un criterio común en todo el territorio nacional.

⁷⁹ Sobre esta cuestión véase P. Valcárcel Fernández (2020), «El recurso especial al rescate de la previsible saturación de la vía judicial. Propuesta para hacer frente a las secuelas jurídicas del COVID-19 en la ejecución de los contratos públicos afectados por el estado de alarma», *Observatorio de la Contratación Pública*, disponible en <https://bit.ly/2TnepZr> (consulta

la propuesta lo plantea respecto de «resoluciones sobre solicitud de suspensión, prórroga o ampliación del plazo contractual, reclamación de indemnizaciones, reequilibrio económico o cualesquiera otras cuestiones relativas a la ejecución del contrato que se susciten con ocasión de las medidas derivadas del estado de alarma por la pandemia de la COVID-19 o de las situaciones de hecho causadas por ésta». El recurso tendría carácter preceptivo y preclusivo, a diferencia del régimen general, que lo contempla con carácter potestativo (art. 44.7 LCSP) y se establece para interponerlo un plazo de un mes desde la notificación de la resolución impugnada. La resolución que se adopte será ejecutiva y ejecutoria en sus propios términos desde su notificación a los interesados, si bien sería recurrible en vía jurisdiccional. En este caso, los órganos competentes no van a ser los que de ordinario lo son para conocer de los recursos contra las resoluciones de los tribunales de contratación administrativa (las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia para los territoriales y la de la Audiencia Nacional para el Central, según los arts. 10.1.l) y 11.1.f), salvo que este último ejerza funciones con respecto a entes locales o comunidades autónomas, en cuyo caso la competencia permanece en el TSJ). La competencia, en cambio, se atribuye en la propuesta en función de la Administración y órgano de contratación inicial, esto es, al juez o tribunal que conozca de los recursos contra sus actos y, subsidiariamente a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Es interesante esta propuesta que viene a traer, de llevarse a la práctica, al ámbito de la contratación una unificación del régimen de recursos bajo el paraguas del recurso especial —bien que con algunas especialidades y de manera provisional— que ha sido reclamada por parte de la doctrina, quizá con demasiado entusiasmo, sobre todo con los contratos de menor cuantía. De esta manera, a partir de la invocación, que no puede dejar de calificarse de forzada, del principio de equivalencia entre el control de las infracciones del derecho nacional y el de las propias del derecho de la Unión Europea,⁸⁰ se ha sostenido la extensión del

el 19 de mayo de 2020) y M. Razquin Lizarraga (2020a), «La próxima ampliación del recurso especial», *Observatorio de la Contratación Pública*, disponible en <https://bit.ly/2K-vwOBP> (consulta el 19 de mayo de 2020).

⁸⁰ Se cita el párrafo 67 de la STJUE, asunto C-61/14, *Orizzonte Salute*, de 6 de octubre de 2015, ECLI:EU:C:2015:655, señalando que el Tribunal afirma que el principio de equivalencia «implica que reciban el mismo tratamiento los recursos basados en la infracción del Derecho nacional y aquellos, similares, fundados en una infracción del Derecho de la Unión». Sin embargo, se omite que el mismo párrafo remite al apdo. 46 para definir el principio de equivalencia. Y dicho apartado, tras invocar de manera decidida el principio de autonomía procesal de los Estados miembros a la hora de configurar sus recursos administrativos y judiciales, señala que el principio de equivalencia supone que: «La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno». Por tanto, el Tribunal no se pronuncia a favor de la unificación procedimental en materia de recursos contractuales, sino tan solo exige que la

recurso especial a todo tipo de contratos administrativos, a cambio de matizar algunas de sus reglas, como la de la duración de la suspensión de la tramitación del procedimiento en el caso de que se recurra la adjudicación, que puede reducirse en contratos de cuantías menores, o incluso eliminarse, como ocurre actualmente con los contratos basados en acuerdos marco y de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse (art. 53 LCSP)⁸¹. Lo cierto es que, con carácter general y vocación de permanencia, no parece demasiado practicable esta opción, al menos, hemos de insistir, para los contratos menores e incluso los simplificados. Si en contratos como los menores se ha reducido o eliminado prácticamente la fase de licitación es por razones de urgencia en la contratación y por la escasa cuantía individual del contrato, de manera que establecer un recurso que, en principio, impide continuar con la tramitación si se interpone —como sería el caso del contrato menor— contra la adjudicación, se pierde la utilidad del procedimiento. Y si lo que se hace es declarar aplicable el recurso especial, pero eliminando sus características esenciales, se llevará a cabo una homogeneización puramente nominalista, al estilo del Humpty Dumpty de *Alicia a través del espejo*⁸², sin añadir garantías reales.

Sea como fuere, la idea del CGPJ en estas circunstancias es descargar, al menos temporalmente, la jurisdicción a base de transferir a otros órganos la responsabilidad de resolver los pleitos que se planteen, lo que no deja de ser un ejemplo de aquello de desnudar un santo para vestir a otro y así lo ha criticado algún sector doctrinal. No obstante, sí que ha de señalarse que la especial capacitación de los tribunales administrativos en materia de contratación les puede convertir en una buena solución si por sus Administraciones de adscripción se les proporcionan los refuerzos humanos y materiales necesarios. Además, aunque, obviamente, no se cierra el control judicial, la previsión expresa de la ejecutoriedad, esto es, de la inmediata posibilidad de ejecutar físicamente la resolución del tribunal de contratación (en particular para exhibir un título ejecutivo de cobro), parece desincentivar los recursos en vía jurisdiccional, aunque se ha propuesto ser más incisivo en esta cuestión por algunos autores.

regulación de los recursos que tutelan derechos de la Unión no sea de peor condición que los que protegen las normas de los derechos nacionales.

⁸¹ En este sentido, véase M. A. Bernal Blay (2016), «Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública», en F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, Árbol académico, págs. 365-373.

⁸² Y su conocida afirmación de que «cuando uso una palabra significa exactamente lo que quiero que signifique, ni más ni menos». «When I use a Word» [Humpty Dumpty said in rather a scornful tone] it means just what I choose it to mean —neither more nor less», L. Carroll (2016), *Through the looking glass (and What Alice Found There)*, Red Skull Publilshing.

Tal vez esta voluntad explique la elección del órgano jurisdiccional de control, que puede ser en muchos casos un juzgado de lo contencioso-administrativo (sobre todo si los contratos proceden de entidades locales y si se aplica la cláusula residual). En este caso, aunque su mayor número hace pensar *a priori* que es una medida que permite no colapsar a los TSJ ni a la Audiencia, la saturación que presentan muchos de estos órganos en zonas como Madrid hace dudar de la efectividad de la medida. Incluso la no presencia en los juzgados de magistrados especialistas en el orden contencioso-administrativo y su falta de costumbre de resolver recursos contra los actos de los tribunales administrativos de contratación permiten sospechar que, precisamente por la calidad técnica de las resoluciones y la especialización de estos órganos, la sentencia será habitualmente confirmatoria. Más aún, podría darse el supuesto de ampliar las instancias a las que estén sometidos los recursos cuando quepa apelación, razón por la cual, de mantenerse la competencia de los juzgados, debiera limitarse, como ha propuesto alguna doctrina cualificada, a los asuntos cuya cuantía no permita el acceso a la apelación, dejando el resto en única instancia ante los TSJ⁸³. En fin, también ha sido objeto de críticas acertadas por el mismo autor la redacción de esta propuesta en tanto que, al referirse a la competencia del órgano jurisdiccional encargado de controlar los recursos contra el acto de contratación, abre la vía a la entrada de la jurisdicción civil cuando se impugne la ejecución de contratos privados de la Administración.

En cuanto al plazo de interposición, podría haberse optado por uno inferior (el general ordinario es de quince días hábiles), teniendo en cuenta la suspensión del cómputo de los plazos procedimentales ordenada por el Real Decreto 463/2020. No obstante, lo cierto es que, al ser días hábiles no se amplía demasiado el término ordinario e incluso se reduce el de los supuestos especiales del art. 50.2 LCSP, por lo que tampoco se dilata en exceso el tiempo abierto para recurrir y además unifica el plazo con el disponible para los recursos administrativos ordinarios, alzada y reposición, cuyo plazo de interposición se cifra en un mes.

En definitiva, se trata de una iniciativa que, para funcionar con auténtica eficacia, debería acompañarse por las Administraciones de un esfuerzo presupuestario por dotar de medios a los tribunales administrativos, porque si no, lo único que se conseguirá es retrasar el acceso a los órganos jurisdiccionales de este volumen de asuntos⁸⁴, limpiando el atasco solo de manera cosmética. Las previ-

⁸³ Véase M. Razquin Lizarraga (2020b), «Nueva versión de la próxima ampliación del recurso especial: aciertos y críticas», *Observatorio de contratación pública*, disponible en <https://bit.ly/37qTMDE> (consulta el 19 de mayo de 2020).

⁸⁴ Que no parece menor. El propio CGPJ señala que, «según los datos de la estadística judicial, durante el año 2019 fueron interpuestos 5.027 recursos en materia de contratación administrativa (3 769 en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, 39 en la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y 1.219 en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia)». Es de esperar que este año la cifra resulte superior.

sibles dificultades presupuestarias que afrontarán en los próximos meses —y aun años— las Administraciones públicas, como consecuencia de la crisis económica generada por el confinamiento, permiten ser escépticos respecto de este buen fin.

V. CONCLUSIONES

Podemos pasar ya a recapitular las posiciones sostenidas en las páginas anteriores. La crisis generada por la COVID-19 ha supuesto un gran desafío a los distintos gobiernos mundiales, en los más diversos ámbitos, salud pública, suministros, mero orden público, crisis económica, etc. La contratación administrativa ha debido afrontar finalidades en buena medida distintas de las que venían propugnándose por los operadores en tiempos de normalidad, en especial la llegada a tiempo de los suministros necesarios para prevenir la expansión de la pandemia y tratar sus síntomas.

A este respecto, sobre los contratos relacionados específicamente con la gestión de la epidemia, hemos destacado el puerto seguro que supone a los efectos del cumplimiento de las directivas de contratación el recurso al procedimiento negociado sin publicación —incluso, excepcionalmente, con adjudicación directa a un único contratista—, siempre que se respeten los requisitos de imprevisibilidad del hecho causante, extrema urgencia y nexo causal —que la Comisión ya ha declarado que concurren en la gestión de la COVID-19— así como de motivación de la decisión, celeridad en la ejecución y temporalidad del uso de este procedimiento hasta que se pueda acudir a fórmulas más estables. En España, en lugar de acudir al procedimiento negociado sin publicidad de los arts. 168 a 170 LCSP, que en principio correspondería al casi homónimo del derecho de la Unión, pero que, sin embargo, está regulado de una manera demasiado burocratizada para ser útil en estos momentos, se ha preferido recurrir a la tramitación de emergencia, habilitada expresamente por el legislador de urgencia, así como, cuando la cuantía lo ha permitido, a los contratos menores. En todo caso, la aplicación de los requisitos del derecho de la Unión no queda soslayada por esta decisión cuando por la cuantía los contratos se sometan a regulación armonizada.

Por otra parte, el desabastecimiento que durante más de un mes se ha producido en los suministros más necesarios para prevenir la transmisión y aliviar los efectos de la enfermedad —equipos de protección individual, test de detección y respiradores para UCIS— se ha visto agravado por algunas decisiones que, si bien pueden ser bienintencionadas, se han revelado como contraproducentes. Entre ellas, pueden citarse la centralización inicial de su adquisición y distribución en el Ministerio de Sanidad, que pronto hubo de ser abandonada, y la posibilidad de requisas de estos suministros. Asimismo, el derecho se ha visto obligado a permitir medidas excepcionales en el caso de compras internacionales como el pago total y anticipado del precio, la formalización del contrato por órganos distintos a los de contratación y la excepción de la responsabilidad personal del funcionario

o autoridad interviniente en caso de mal fin de la operación, con traslado del quebranto a los presupuestos generales del Estado. Este régimen ha sido extendido al resto de Administraciones públicas.

Por lo que se refiere a la contratación ordinaria, esta ha quedado notablemente afectada por las medidas adoptadas durante el estado de alarma. En primer término, al menos en la Administración General del Estado, la suspensión de plazos administrativos ha supuesto una suspensión general de los procedimientos de licitación en los que no se haya levantado expresa y motivadamente dicha suspensión por hacer frente a los objetivos del estado de alarma o a razones de interés general. No obstante, los efectos negativos de esta medida han determinado su alzamiento antes de que concluyera el estado de alarma. Asimismo, en el caso de contratos ya en funcionamiento, la legislación ha previsto diversas técnicas para compensar al contratista en buena parte de los supuestos en los que las circunstancias han impedido temporalmente continuar con la prestación pactada. Para los casos no incluidos en la normativa específica habrá de estarse a las reglas generales de la LCSP, que no se ven desplazadas por el estado de alarma, de forma que podrá acudir, con los límites legales, a la suspensión o la modificación del contrato, compensando cuando proceda al contratista.

Finalmente, en el campo de los recursos, se ha puesto de manifiesto la inconveniencia de la suspensión de plazos, que ha permitido que, salvo que se haya suspendido la ejecución de un contrato recurrido como medida cautelar de ordenación para evitar perjuicios a un interesado, se hayan comenzado a ejecutar contratos contra los que no iban a tramitarse los recursos correspondientes en tiempo útil, previsión que también se ha abandonado antes del estado de alarma para permitir la impugnación, ordinaria o a través del recurso especial, que procediera. Y, adelantándonos a lo que puede suceder en un futuro relativamente cercano, se ha dado cuenta de las propuestas elevadas por el CGPJ para extender, con las debidas adaptaciones, este recurso especial a todas las impugnaciones de contratos administrativos cualquiera que sea su cuantía. Solo la adecuada aportación de medios humanos y materiales a los tribunales administrativos de contratación permitirá que una decisión semejante, que puede ser razonable atendiendo a la alta cualificación y especialización de estos órganos, sea un auténtico filtro que permita resolver la probable alta litigiosidad en la materia de los próximos meses, y no un parche que no haga sino retrasar el inevitable colapso judicial cuando las resoluciones de los tribunales administrativos lleguen a conocimiento de los auténticamente jurisdiccionales.

En último término, lo que subyace en todo lo anterior es la necesidad de que la contratación administrativa sea lo suficientemente flexible como para hacer frente a las necesidades de urgencia, a una situación extraordinaria que ha llevado al límite los recursos públicos y los mecanismos para obtener los medios necesarios para que la Administración cumpla con sus funciones. Pero dicha flexibilidad no puede ser ni permanente ni entendida de tal manera que se olviden las reglas y principios de la legislación de contratos. Se trata, en definitiva, de evitar lo que

denunciaba Tucídides cuando narraba los efectos de la peste en Atenas al comienzo de las guerras del Peloponeso: «la epidemia fue para la ciudad el comienzo de un mayor desprecio por las leyes. [...] Ningún respeto a los dioses ni ley humana los retenía, pues por un lado consideraban indiferente el ser o no ser piadosos, ya que veían que todos sin distinción perecían, y por otro, ninguno esperaba sufrir el castigo de sus crímenes viviendo hasta que se hiciese justicia». Quizá estas páginas, como deseaba de las suyas el propio historiador ateniense, permitan describir lo sucedido y exponer los datos cuyo examen «podría dar elementos de juicio, por la experiencia anterior, en caso de que sobrevenga otra vez»⁸⁵.

⁸⁵ Tucídides (2002), *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid: CEPC, págs. 98 y 96, respectivamente. Por cierto, Tucídides sabía bien de lo que hablaba, pues él mismo estuvo enfermo de la peste.