



Expediente 10/2020

Materia: Tramitación anticipada de contratos por las Entidades Locales.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Badajoz ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El Ayuntamiento de Badajoz formaliza habitualmente solicitudes de subvenciones para el desarrollo de actuaciones en la ciudad, subvenciones que suelen estar vinculadas a fondos europeos, nacionales o regionales. En muchos casos estas solicitudes tienen una alta probabilidad de ser aprobadas debido a los criterios de asignación de fondos de las convocatorias o a otras circunstancias.

De igual forma, las convocatorias de estas ayudas suelen establecer unos plazos de ejecución cuyo incumplimiento puede ocasionar la pérdida de la subvención.

De esta forma el Ayuntamiento de Badajoz, con el objeto de adelantar todo lo posible la realización de tramitaciones necesarias de los expedientes de contratación derivados de esas subvenciones, tiene interés en la utilización de la modalidad de tramitación anticipada prevista en la Disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP).

Dicha Disposición adicional tercera, apartado 2, de la LCSP establece que "se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente".



De esta manera, la LCSP establece que la tramitación anticipada puede realizarse en dos situaciones diferentes y no necesariamente relacionadas. La primera cuando la ejecución material deba comenzar en el ejercicio siguiente y, la segunda, cuando la financiación depende de un préstamo, crédito o subvención solicitada. En todos los casos con la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato.

De esta forma entendemos que la tramitación anticipada no requiere que ambas situaciones se den simultáneamente, esto es que la ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente y que la financiación dependa de un préstamo, crédito o subvención solicitada, pudiendo darse la circunstancia de que dicha tramitación anticipada se realice únicamente en circunstancias incluidas en el segundo supuesto, esto es, que la tramitación anticipada dependa de una subvención solicitada, situación de interés para el Ayuntamiento de Badajoz, independientemente de que la ejecución se realice en el mismo ejercicio o no que la tramitación.

Pero el hecho de tramitar anticipadamente expedientes de contratación vinculados a subvenciones solicitadas provoca nuevas incertidumbres.

Por un lado, diversos artículos de la LCSP establecen plazos concretos para la realización de tramitaciones derivadas de un expediente de contratación o inicio de ejecución del mismo, como el plazo de quince días o, según el caso, máximo de un mes para formalizar el contrato, establecido en el Art. 153.3 o la obligatoriedad de resolver un contrato de obras si las mismas no se inician antes de cuatro meses, ocho meses si es por parte de la Administración, establecido en el Art. 245.b y c, plazos que en el caso de expedientes con tramitación anticipada podrían considerarse en suspenso al depender de la aprobación de la subvención solicitada.

También está sujeta a interpretación las circunstancias de que, si bien el Art. 152.2. de la LCSP establece que se debe compensar a los candidatos aptos que participan en



una licitación por los gastos en que hubieran incurrido cuando se decide no adjudicar o se desiste del procedimiento de contratación; el Art. 153.5 de la LCSP establece la indemnización al contratista adjudicatario de un contrato cuando este no se formaliza por causa imputable a la Administración; o el Art. 246.3 de la LCSP establece una indemnización al contratista por desistimiento antes del inicio de ejecución de las obras; la tramitación anticipada de un contrato, cuya financiación depende de una subvención solicitada, conlleva una condición suspensiva que permite el desistimiento del procedimiento cuando la subvención no es aprobada, hecho recogido en el expediente de contratación y conocido por los licitadores que participan en el mismo, por lo que cabría interpretar que, en este caso, no procederían ninguna de las indemnizaciones citadas.

Es por ello que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, segundo párrafo, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se elevan las siguientes consultas:

PRIMERA. Tramitación anticipada vinculada a subvención solicitada. ¿Cabe a las Entidades Locales tramitar expedientes de contratación de forma anticipada cuando su financiación depende de la aprobación de una subvención solicitada independientemente de que su ejecución pueda comenzar en el mismo o en diferente ejercicio?

SEGUNDA. Plazo de mantenimiento de la condición suspensiva. Un expediente de contratación de una Entidad Local, tramitado anticipadamente, cuya financiación depende de una subvención solicitada, por tanto, con condición suspensiva hasta la aprobación de esa solicitud, ¿puede ser mantenido en suspenso hasta la resolución de la solicitud de la subvención que permita la financiación del contrato o debería ser anulado tras un determinado plazo sin que se haya resuelto la aprobación de dicha subvención?



TERCERA. Obligatoriedad de indemnizar. ¿Hay obligatoriedad por parte de la Entidad Local, de indemnizar al adjudicatario o a los licitadores participantes en un expediente de contratación que se ha tramitado anticipadamente, por haberse solicitado una subvención para su financiación y por tanto con condición suspensiva ligada a la aprobación de esa subvención, en el caso de que ese expediente de contratación deba ser anulado o se deba desistir del mismo si la solicitud de subvención finalmente no es aprobada?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La consulta que el Ayuntamiento de Badajoz dirige a esta Junta Consultiva alude a la correcta interpretación de varios aspectos relacionados con la Disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP).

Antes de entrar en la cuestión concreta que se nos plantea resulta necesario traer a colación una serie de consideraciones previas que ya tratamos en nuestro informe 19/2019. La primera de ellas es que la existencia de una partida presupuestaria que ampare la realización del contrato público constituye un presupuesto esencial del mismo. En efecto, el artículo 35.1 de la LCSP dispone que, salvo que se encuentre recogida en los pliegos, los documentos en que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público deberán incluir, necesariamente, la mención al “*crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso*”. Por su parte, el artículo 39 de la misma Ley dispone que serán nulos de pleno derecho aquellos contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que medie, entre otras causas, carencia o insuficiencia de crédito. En similar sentido se pronuncia el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria.



En segundo lugar, por lo que se refiere a la fase preparatoria de los contratos -fase a la que alude específicamente la cuestión planteada en la consulta- la legislación vigente establece varios requisitos en orden a acreditar la disponibilidad de crédito. Así, el apartado 3 del artículo 116 de la LCSP, al tratar de la iniciación y contenido del expediente de contratación dispone que al mismo deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o el documento equivalente, así como la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria. Esta previsión es similar a la que se contiene, a los efectos de la intervención previa, en el artículo 219.2.a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en lo sucesivo TRLRHL), en que se incluye, como uno de los documentos precisos para conformar el expediente de contratación, aquel que acredite la existencia de crédito presupuestario adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se tenga el propósito de contraer. Por tanto, cabe concluir que, en términos generales, existe la necesidad de que se acredite la presencia de crédito adecuado y suficiente para poder tramitar el expediente de contratación.

2. Como también expusimos en nuestro informe 19/2019, la anterior conclusión no impide, sin embargo, que puedan existir excepciones a esta última regla, siendo una de ellas la que aparece consagrada en la Disposición adicional tercera, apartado 2, de la LCSP, aplicable a las Corporaciones Locales, en la que se admite la tramitación anticipada de un expediente de contratación, quedando pendiente su adjudicación, formalización y ejecución material de la llegada del momento en que existan los recursos suficientes.

En efecto, la citada DA tercera, bajo el título *“Normas específicas de contratación pública de las Entidades Locales”* establece una regulación expresa de la tramitación anticipada de los contratos en el ámbito local. Así, su apartado 2 dispone:

“Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un



préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente”.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la LCSP las Corporaciones Locales quedan habilitadas –con sujeción a las condiciones que se consignan- para utilizar la figura de la tramitación anticipada en dos supuestos distintos:

- a) Aquellos en que el contrato haya de financiarse con recursos ordinarios del presupuesto local.
- b) Aquellos otros en que la financiación se haga con cargo a préstamos o subvenciones solicitadas y pendientes de concesión.

En el primero de los casos estaremos ante un supuesto similar al previsto en el artículo 117.2 de la LCSP, que autoriza a las entidades que no sean Corporaciones Locales a la tramitación y finalización del expediente de contratación en el ejercicio anterior al de su ejecución material.

En el segundo, estaremos en presencia de contratos cuya financiación depende de un préstamo o de una subvención, donde la adjudicación del expediente tramitado anticipadamente quedará sometida a la condición suspensiva de la efectiva disponibilidad de los recursos con los que se pretende financiar.

Los dos supuestos tienen en la LCSP una relación de alternancia, pero no necesariamente de exclusión. El empleo de la conjunción “o” así lo pone de manifiesto. Por tanto, contestando a la primera cuestión que se nos ha planteado, la tramitación anticipada de los contratos públicos en el ámbito local solo implicará necesariamente su ejecución en el ejercicio siguiente cuando se financien con cargo a recursos ordinarios de naturaleza presupuestaria. Si, por el contrario, el contrato se financiase con subvenciones o préstamos cuya efectividad no pueda tenerse por



cierta en el momento de la tramitación del expediente, carecería de sentido posponer obligatoriamente su ejecución al ejercicio siguiente pues, por un lado, es posible que la ejecución de la prestación se pueda ultimar en el mismo ejercicio presupuestario y, por otro lado, lo relevante en este tipo de supuestos es la efectiva consolidación de los recursos comprometidos, que no tienen por qué guardar vinculación con el ejercicio presupuestario. Por lo tanto, cabe entender que sería posible la ejecución material del contrato tan pronto como se cuente con los medios económicos necesarios.

Otra interpretación no solo sería contraria a la propia literalidad del apartado 2 de la DA tercera, sino que establecería una doble condición no prevista ni querida por el legislador, exigiendo no solo la efectiva concesión de la subvención sino también la ejecución material en el ejercicio siguiente, aun cuando se dispusiera de los recursos necesarios dentro del mismo ejercicio en que se tramitase anticipadamente el contrato.

3. La segunda de las preguntas que se formulan por la entidad consultante, referida al plazo de vigencia de la condición suspensiva, hace necesaria una consideración previa. Tal como ya se señaló en nuestro Informe 19/2019 el sometimiento de la adjudicación del contrato a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato se mencionó para todas las entidades públicas en el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y se mantuvo en el artículo 69.4 del texto refundido del año 2000. Por el contrario, ya no se incluye en el artículo 94 de la Ley de 2007 ni en el texto refundido de 2011, como tampoco en el texto legal actual, donde únicamente se la menciona al tratar de la norma especial aplicable a las entidades locales cuando estemos en presencia de la tramitación anticipada del contrato. Pero tampoco en esta Disposición Adicional 3ª se ofrece una regla completa sobre la duración de la condición suspensiva, pues el precepto se limita a señalar que la adjudicación quedará sometida *“a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.”*



Ante esta falta de extensión de la norma legal podemos acudir a las disposiciones contenidas en el Código Civil en relación con dicha materia para, conjuntamente con el límite temporal de la adjudicación del contrato, poder ofrecer un tratamiento coherente con la seguridad jurídica que debe presidir la actuación de la Entidades locales en el ámbito de la contratación pública.

Pues bien, según resulta de las previsiones contenidas en los artículos 1113 a 1124 del citado cuerpo normativo, son obligaciones bajo condición aquellas en las que las partes incluyen en el contrato una circunstancia consistente en un elemento futuro e incierto al que se designa como condición y del que se hace depender la eficacia de un negocio jurídico. Si esa condición tiene el carácter de suspensiva, la validez del contrato dependerá de su cumplimiento. Consciente de ello la LCSP diseña un sistema en el que la adjudicación del contrato queda sometida a la condición suspensiva de la efectiva existencia de los recursos con los que habrá de financiarse, de tal modo que la tramitación anticipada del expediente podrá progresar únicamente hasta el momento de la adjudicación, cuyos efectos quedarán en suspenso hasta que se verifique el cumplimiento de la condición de la que depende su eficacia.

Partiendo de lo anterior, cabrá diferenciar dos supuestos:

- Que el plazo máximo de cumplimiento de la condición haya sido fijado en los pliegos rectores de la licitación (al amparo de lo dispuesto en el Art. 1.117 CC), por ejemplo, señalando cuál es el límite temporal transcurrido el cual, de no haberse adjudicado el contrato por no haberse resuelto sobre la subvención solicitada, el órgano de contratación habrá de proceder a tomar la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o de desistir del mismo. En este caso, si la condición se verifica tempestivamente habrá de continuar la tramitación a partir del momento en que había quedado suspendida. De no cumplirse la condición en el tiempo fijado, procederá aplicar la consecuencia prevista legalmente para cada uno de estos actos. Cabe recordar en este punto que



antes de la formalización del contrato no puede existir el mismo ni desplegar efectos, salvo lo establecido en el artículo 152 de la LCSP, que a continuación analizaremos y que, una vez transcurridos los plazos a que alude al artículo 158 de la LCSP los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta.

- Por el contrario, si no se hubiera fijado plazo en los pliegos rectores del contrato, el único límite aplicable, conforme a la LCSP, es el de la adjudicación del mismo, de modo que la reanudación del procedimiento de selección del contratista penderá hasta el momento en que se tenga la certeza de que la subvención se materializa, sin que pueda presumirse que exista un plazo máximo tras el cual deba extinguirse necesariamente el procedimiento.

4. La última de las cuestiones que se somete a la consideración de esta Junta se refiere a la obligación de indemnizar a los licitadores participantes por parte de la entidad local en el supuesto en que el crédito o subvención no sea concedido.

Parece evidente que el artículo 152 de la LCSP limita las decisiones del órgano de contratación en estos supuestos a dos: la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento, siendo esta última, al fundarse en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, la que mejor se adapta a la inexistencia de fondos para celebrar el contrato, aspecto éste que, como antes señalamos, anuda la sanción de nulidad de pleno derecho del procedimiento. En este caso la Ley indica taxativamente que *“se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.”*



Resulta claro que esta regla tiene como finalidad que una eventual decisión del órgano de contratación que impida finalizar el procedimiento de selección del contratista no lesione patrimonialmente a los licitadores que de buena fe hayan participado en el procedimiento de selección del contratista por los gastos en que hubiesen incurrido. Por tanto, el órgano de contratación ha de especificar con antelación, bien en el anuncio, bien en el pliego, cuál será la forma en que se compensará a los licitadores en los casos del artículo 152 en el supuesto de que no sea posible allegar los fondos necesarios para celebrar el contrato. En el caso de la tramitación anticipada que tratamos en el presente informe los licitadores deben ser informados de la consecuencia de la falta de concesión de la subvención. Esta consecuencia podría llegar a ser la no indemnización de los gastos de la licitación en la medida en que este supuesto, en caso de aplicación de las reglas sobre responsabilidad patrimonial de la administración, no sería idéntico a aquellos otros a que se refiere la norma como indemnizables, que son aquellos en que concurre una infracción sobrevenida de las normas de procedimiento por distintas causas, entre las que puede encontrarse la negligencia del órgano de contratación.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

1. Las Corporaciones Locales podrán tramitar anticipadamente expedientes de contratación cuando su financiación dependa de la obtención de una subvención previamente solicitada, y ello con independencia de que su ejecución pueda comenzar en el mismo o en diferente ejercicio. En este caso, la ejecución material del contrato podrá hacerse tan pronto como se disponga en forma legal de los recursos económicos que vayan a retribuir la ejecución del contrato.



2. Conforme a lo establecido en la Disposición adicional tercera, apartado 2 de la LCSP y a las previsiones contenidas en el Código Civil los pliegos podrán establecer un plazo máximo tras el cual el órgano de contratación habrá de desistir del contrato, con las consecuencias establecidas en el mismo. De no fijarse plazo alguno la adjudicación quedará pendiente hasta que se resuelva sobre la subvención solicitada o hasta que el órgano de contratación acuerde el desistimiento en forma legal.

3. Conforme al artículo 152 de la LCSP el órgano de contratación ha de especificar con antelación, bien en el anuncio, bien en el pliego, cuál será la forma en que se compensará a los licitadores en los casos del artículo 152 en el supuesto de que no sea posible allegar los fondos necesarios para celebrar el contrato.