



Expediente: 30/21

Materia: Vigencia y aplicación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

ANTECEDENTES

La Dirección General del Patrimonio del Estado ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la aplicación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 en la redacción que del mismo ha establecido la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 contiene una Disposición final primera que, según indica, procede a la modificación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Este precepto ofrece la siguiente redacción:

«Artículo 16. Contratación.

1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.



2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia. En estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 podrá realizarse a justificar.

4. Cuando la contratación para la atención de estas necesidades deba producirse en el exterior, porque los contratos se formalicen o ejecuten total o parcialmente en el extranjero, la formalización de los contratos corresponderá al Jefe de la Misión o Representación Permanente, con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de este sea absolutamente indispensable para la ejecución del contrato, por requerirlo así la atención de las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, y así se acredite en el expediente. No obstante, esta competencia podrá avocarse por el titular del departamento Ministerial competente por razón de la materia. Los contratos deberán formalizarse por escrito y se sujetarán a las condiciones pactadas por la Administración con el contratista extranjero.

Los libramientos de los fondos a los que se refiere el apartado tercero de este artículo podrán realizarse bien a favor de cajeros en España, bien a favor de cajeros en el exterior, manteniéndose la gestión financiera en el ámbito del Ministerio de Sanidad y con cargo a su presupuesto, sin perjuicio de que pudiera realizarse igualmente el pago en firme a través del cajero de pagos en el exterior. No obstante, la persona titular del ministerio de sanidad podrá delegar esta competencia de gestión financiera en órganos o entidades, sean o no dependientes.

Cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, en la forma



prevista en el apartado 2. El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado.

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

2. La finalidad para la que el legislador introdujo el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020¹ no era otra, según su preámbulo, que la de establecer, durante las fechas iniciales de la pandemia causada por el virus COVID-19, una forma extremadamente eficiente de atención a las perentorias necesidades de adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración General del Estado con el fin de luchar contra la enfermedad. La situación excepcional causada por la pandemia exigía que la atención de tales necesidades fuera considerada como una emergencia a los efectos de la aplicación del artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

La norma inicial fue objeto de ulteriores modificaciones. En efecto, la Disposición final sexta 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 introdujo una modificación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 en la que se añadía una norma técnica para los casos en que fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista. Posteriormente, el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, volvió a modificar este precepto, esta vez con modificaciones de mayor trascendencia,

¹ La redacción original del artículo 16 era la siguiente:

“Artículo 16. Contratación.

1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, al amparo de lo previsto en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

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

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 se realizarán a justificar.”



extendiendo su ámbito de aplicación a todas las entidades del sector público² y contemplando una serie de reglas que permitían flexibilizar la urgente adquisición de productos imprescindibles en los mercados de países extranjeros y excepcionar la aplicación de las normas sobre las facturas electrónicas, únicamente para estos casos. Finalmente, la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 recoge la misma redacción del precepto que ya establecía el Real Decreto-ley 9/2020. La propia explicación de la modificación que contiene el preámbulo de la norma es un trasunto literal de la contenida en el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2020.

² La redacción dada por el RD-ley 9/2020 era la siguiente:

“Artículo 16. Contratación.

1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia. En estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 podrá realizarse a justificar.

4. Cuando la contratación para la atención de estas necesidades deba producirse en el exterior, porque los contratos se formalicen o ejecuten total o parcialmente en el extranjero, la formalización de los contratos corresponderá al Jefe de la Misión o Representación Permanente, con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de éste sea absolutamente indispensable para la ejecución del contrato, por requerirlo así la atención de las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, y así se acredite en el expediente. No obstante, esta competencia podrá avocarse por el titular del departamento Ministerial competente por razón de la materia. Los contratos deberán formalizarse por escrito y se sujetarán a las condiciones pactadas por la Administración con el contratista extranjero.

Los libramientos de los fondos a los que se refiere el apartado tercero de este artículo podrán realizarse bien a favor de cajeros en España, bien a favor de cajeros en el exterior, manteniéndose la gestión financiera en el ámbito del Ministerio de Sanidad y con cargo a su presupuesto, sin perjuicio de que pudiera realizarse igualmente el pago en firme a través del cajero de pagos en el exterior. No obstante, la persona titular del ministerio de sanidad podrá delegar esta competencia de gestión financiera en órganos o entidades, sean o no dependientes.

Cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, en la forma prevista en el apartado 2. El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado.

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



3. El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, reguló una situación verdaderamente excepcional que se produjo en los momentos iniciales de lucha contra la pandemia, ofreciendo una posible solución a las urgentísimas necesidades de adquisición de bienes y servicios en aquel momento. La solución de las mismas necesidades fue la que inspiró igualmente el dictado de las normas casi coetáneas en marzo de 2020 que modificaron el precepto en el sentido que ya hemos expuesto. Por tanto, el fundamento de todas ellas es el mismo.

Como ya señaló la Abogacía General del Estado en su informe de 1 abril de 2020, sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, la norma que modifica por primera vez el precepto que estamos estudiando es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados y que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19). Significa esto que, en lo que atañe a la relación de esta norma con la normativa general de contratación pública, el artículo 34 del RDL 8/2020 es una norma especial *“y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos y, por tanto, y mientras dure el estado de alarma, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el Covid-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran”*. Posteriormente, el informe de la Abogacía General del Estado A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021, añadió que al actual estado de alarma no le resultan automática y necesariamente de aplicación las normas dictadas bajo la vigencia del anterior estado de alarma, salvo que tales normas hayan sido prorrogadas expresamente.

Parece claro, si partimos de estas acertadas consideraciones, que, de la misma manera que el Real Decreto-ley 8/2020, el Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto-ley 9/2020 son normas excepcionales y de eficacia temporal limitada, cuyos efectos no pueden extenderse más allá de la especial situación y del periodo de tiempo para el que inicialmente se dictaron.

4. Es cierto que, por desgracia, la pandemia se ha prolongado en el tiempo y continúa exigiendo medidas que los poderes públicos deben adoptar para proteger a la población. Sin embargo, aquella excepcionalidad que se predicaba de los primeros momentos de la crisis sanitaria, donde se produjo una importante paralización de la actividad económica, un riesgo grave de colapso del sistema sanitario y una extrema dificultad para la adquisición



de material sanitario, se ha matizado en buena medida. La adquisición de bienes y servicios similares a aquellos que en los primeros compases de la pandemia generaron una necesidad perentoria e inmediata se ha convertido en algo más previsible y que no encuentra las severas dificultades observadas entonces. Por tanto, la excepcionalidad de la situación que se produjo durante el estado de alarma declarado por el por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ya no existe en este momento y ello ha de influir necesariamente en la forma en que la legislación de contratos públicos ha de aplicarse.

A esta misma conclusión llega el informe de la Abogacía General del Estado A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021 que alude precisamente a la vigencia del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020. En él se manifiesta que *“ha sido clara la voluntad del legislador de mantener –con modificaciones sustanciales– la aplicación del artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020 durante la vigencia del estado de alarma posteriormente declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”*, es decir, sólo durante la vigencia de tal estado, y que en el Real Decreto-ley 9/2020 se contenía una regulación muy precisa en cuanto a su vigencia temporal, según corresponde a normas de naturaleza excepcional, que alcanzaba únicamente al estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 y sus posibles prórrogas, pues fue para este estado de alarma para el que fueron dictadas.

Si la norma contenía una referencia tan precisa a la finalización de su vigencia, ligada a la extinción del primer estado de alarma, parece claro, según expone la Abogacía General del Estado que conforme a los artículos 1. Dos y 1. Tres de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio³, aquellas medidas decayeron en su vigencia cuando lo hizo el estado de alarma inicial (el 21 de junio de 2020) y no se han mantenido en el que actualmente se encuentra en vigor, caracterizado además por unas medidas mucho menos severas que las que se adoptaron en marzo del año 2020.

³ Dos. *Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.*

Tres. *Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a éstas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.*



5. La inclusión en la Ley 3/2021, de 12 de abril, de la Disposición Final mencionada referida al artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020 puede generar en principio la apariencia de una rehabilitación de la vigencia de dicho artículo. No obstante, en el análisis de dicha disposición deberían tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- Por un lado, como indica la Abogacía General del Estado en el informe que venimos mencionando (A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021) *“un procedimiento tan excepcional como es el procedimiento de contratación de emergencia del artículo 120 de la LCSP, en el que se prescinde de la realización de todos los trámites habituales y ordinarios del expediente de contratación es, en sí mismo, contrario a los principios de publicidad y concurrencia en los que se asienta la contratación pública y, como tal, no puede ser objeto de aplicación indefinida sin causa que lo justifique, siendo así que en el nuevo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 no se ha producido una interrupción de la actividad económica que justifique la inaplicación generalizada de los procedimientos de contratación previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), entre los que se incluyen mecanismos flexibles como el procedimiento de urgencia, el procedimiento negociado sin publicidad, cuando proceda, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 o el más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP.”*

Este es el mismo criterio que esta Junta Consultiva debe sostener puesto que, como cualquier excepción a una norma general que, en este caso es la que aboga por la aplicación de los principios básicos de la contratación pública, la interpretación de las condiciones bajo las cuales procede la tramitación de emergencia y de la forma en que ha de realizarse tal tramitación ha de ser objeto de una interpretación estricta con el fin de evitar que se produzcan situaciones de mal uso o de abuso de esta figura jurídica. Y es que, como es conocido, la razón que justifica la existencia de esta figura ha sido siempre la misma en todas las normas sobre contratación pública: habilitar en los órganos de contratación competentes el empleo de amplias potestades que, bajo circunstancias muy específicas y tasadas legalmente, permitan adoptar las medidas imprescindibles de todo orden que permitan reparar o atenuar los daños causados. En este sentido se pronunció nuestro Informe 34/1979, de 5 de octubre, emitido en interpretación de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado.



Pues bien, si hemos visto que en la actualidad ya han desaparecido las excepcionales razones que movieron al legislador a adoptar una medida como la aplicación de la tramitación de emergencia a todos los contratos públicos que instrumentasen medidas directas o indirectas por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19, es evidente que la previsión general de aplicación de una norma excepcional como el artículo 120 de la LCSP no puede mantenerse en este momento, porque ya no resultaría imprescindible dicha restricción general de los principios esenciales de la contratación pública para atender estos casos.

- Por otra parte, en tal disposición final se indica expresamente que estamos ante una modificación de aquella norma. Si el legislador hubiera querido, no modificar la norma, sino rehabilitarla en su vigencia, lo técnicamente correcto hubiese sido incluir la regulación fuera de las disposiciones finales, reservadas, entre otras cosas, para la modificación de las leyes vigentes o, en cualquier caso, decirlo de manera clara y terminante.
- Finalmente, tal medida podría chocar con las previsiones contenidas en las normas comunitarias de contratación pública y en la jurisprudencia del TJUE, que restringen a supuestos tasados la aplicación de la tramitación de emergencia y la restricción de los principios esenciales de la contratación pública. La aplicación generalizada de la tramitación de emergencia a todos los contratos públicos que directa o indirectamente tengan relación con la lucha contra el COVID-19 y no vinculada a un período determinado sería desproporcionada en el marco de la normativa comunitaria y no siempre puede respetar la exigencia de una situación de hecho que la justifique.

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



CONCLUSIONES

1. El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 decayó en su vigencia cuando finalizó la del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, conforme a lo previsto en el Real Decreto-ley 9/2020.
2. Si bien la Disposición final primera de la Ley 3/2021, de 12 de abril, puede generar la apariencia de una rehabilitación de la vigencia del artículo 16 citado, en la actualidad ya han desaparecido las excepcionales razones que movieron al legislador a adoptar una medida como la aplicación de la tramitación de emergencia a todos los contratos públicos que instrumentasen medidas directas o indirectas por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19, por lo que es evidente que la previsión general de aplicación de una norma excepcional como el artículo 120 de la LCSP no puede mantenerse en este momento.

Las circunstancias actuales no permitirían una norma no vinculada a un período de tiempo determinado que amparara una aplicación generalizada de la tramitación de emergencia a todos los contratos públicos que directa o indirectamente tengan relación con la lucha contra la COVID 19, ya que la tramitación de emergencia, por exigencia de los principios fundamentales de publicidad y concurrencia previstos en el Derecho comunitario, debe aplicarse sólo en supuestos tasados y cuando resulte imprescindible.

3. Esta Junta Consultiva considera por tanto que sería conveniente que se aclarara la cuestión en el propio texto legal mediante las medidas que el legislador considere oportunas, por ejemplo, en su caso, mediante la derogación de la Disposición final primera de la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.