

INFORME 4/2023 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACION PÚBLICA DE CANARIAS SOBRE LA CONTRATACION DE OBRA POR TRAMITACION DE EMERGENCIA [grupo 12 y 21].

El Consejero de Infraestructuras, Mantenimiento, Obras y Carreteras del Cabildo de El Hierro se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias solicitando un pronunciamiento de la misma sobre muy diferentes y variadas cuestiones relacionadas con la regulación en 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), de las denominadas obras de emergencia.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

La contratación pública se encuentra regulada actualmente en la LCSP y, con el fin de garantizar los principios en que se inspira la contratación pública recogidos en el artículo 1 de la citada norma, se establece que la celebración de los contratos requiere la tramitación del correspondiente expediente, que se inicia por el órgano de contratación motivando su necesidad. Esta tramitación del expediente de contratación puede ser ordinaria, urgente o de emergencia.

La regla general es la tramitación ordinaria (artículo 116 LCSP). La actividad contractual es un sistema especialmente formal y por escrito, por lo que se exige la formalización en documento administrativo y queda prohibida la contratación verbal (artículo 37 LCSP). En función de ello, se consideran nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

No obstante, hay situaciones que justifican que esa necesidad a satisfacer con la contratación pública se lleve a cabo con mayor celeridad por diversas circunstancias, por lo que se prevé la tramitación de urgencia (artículo 119 LCSP), que puede aplicarse a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. Este trámite será el mismo que el ordinario, pero con las especialidades establecidas en el citado artículo.

Sin embargo, también hay determinados supuestos, absolutamente excepcionales, en los que se deba actuar de manera inmediata por motivos muy concretos y específicos, y que justifican la ausencia de los trámites formales y ordinarios que exige cualquier expediente de contratación. En estos supuestos excepcionales los principios de concurrencia y de igualdad de los licitadores deben ceder, como consecuencia de la necesidad de realizar una actuación inmediata para salvar un interés público, si bien con la sujeción de determinados límites. Es el denominado trámite de emergencia.

Este trámite de emergencia se encuentra actualmente regulado en el artículo 120 LCSP, y resaltar que se refiere a cualquier tipo de contrato, no sólo al contrato de obras.





Artículo 120. Tramitación de emergencia.

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

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

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

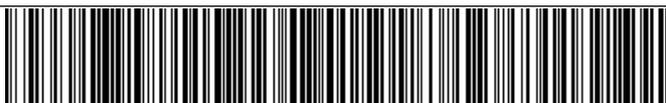
Analizando el precepto, así como los diversos pronunciamientos tanto de la Junta Consultiva del Estado (Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de junio de 2003, expediente 17/2019 Tramitación ordinaria, urgente o de emergencia) como del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 102/2017), sobre este tema, no queda duda alguna de que la tramitación de emergencia es un régimen excepcional para la realización de obras y la adquisición de bienes y servicios, cuyas características en su tramitación son:

1.- Sólo procede en determinados supuestos específicos. En concreto:

- acontecimientos catastróficos,
- en situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

2.- No es preciso un expediente de contratación y ésta puede realizarse sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la ley. Hay una orden directa de ejecución del contrato a un contratista, sin necesidad de respetar los principios de concurrencia, publicidad e igualdad de las licitaciones.

3.- La ejecución debe limitarse a lo estrictamente necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida.





4.- El inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes desde la adopción del acuerdo por parte del órgano de contratación

5- Las prestaciones restantes que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria.

En concreto, el trámite de emergencia se caracteriza principalmente por la ausencia de formalidad, la contratación se simplifica con el fin último y básico de dar una respuesta inmediata a una necesidad imperiosa de actuar para la reparación de los daños causados o evitar una situación de peligro. No basta con que se produzca una situación de emergencia, sino que es necesario además que la concreta prestación a obtener mediante el contrato sea de necesidad inaplazable. A través de este procedimiento únicamente se puede contratar lo necesario para hacer cesar la emergencia surgida.

No es necesario tramitar expediente de contratación, que es el principal distintivo que caracteriza al procedimiento y sin obligación de sujetarse a los requisitos formales establecidos en la ley. El órgano de contratación podrá ordenar la ejecución de lo necesario a un único contratista, para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, sin necesidad de respetar los principios de concurrencia, publicidad e igualdad de las licitaciones.

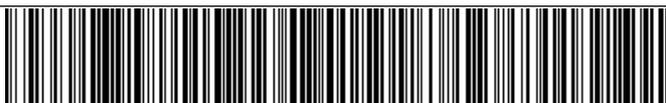
En todo caso, debe tenerse en cuenta que, si bien la ley habilita a contratar lo necesario prescindiendo de las formalidades ordinarias para formar la voluntad contractual, esta actuación libre de formalidades no está exenta de límites y el órgano de contratación debe justificar la concurrencia de las causas que jurídicamente autorizan a la contratación de emergencia, que no puede presumirse. Pero ello no supone que no deban cumplirse el resto de reglas propias de la contratación pública, dispensándose sólo de aquello que precisa de una respuesta inmediata.

En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha puesto de manifiesto que la tramitación de emergencia debe ser utilizada bajo circunstancias muy específicas y tasadas legalmente, que permita adoptar las medidas imprescindibles de todo orden que consigan reparar o atenuar los daños causados. Es un instrumento legalmente otorgado a los órganos de contratación no flexible y que en ningún caso puede hacerse una utilización laxa del mismo señalando expresamente que *“estamos en presencia de una regulación que debe considerarse como un “auténtico régimen excepcional”*.

El Tribunal de Cuentas en su Informe nº1178 de 27 de octubre de 2016, también lo ha puesto de manifiesto cuando señala que *“esta tramitación excepcional debe utilizarse con un criterio restrictivo, cuando sea indispensable para hacer frente a un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación, que revista una extraordinaria gravedad y cuya solución no pueda lograrse mediante alguno de los restantes procedimientos previstos en la Ley.”*

Así la STS 12470/1987 del Tribunal Supremo expone que *“lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”*.

No obstante, la agilización en este trámite, a la vista de los principios de publicidad y





transparencia, de integridad, y de eficiencia en la utilización de los fondos públicos, debe ir acompañada de una total transparencia y publicidad de la actuación de los entes del sector público, así como de una justificación fehaciente de todo lo actuado, evitando la arbitrariedad y parcialidad, y salvaguardando las reglas básicas de la contratación.

Por ello la posibilidad de utilizar este procedimiento no impide que posteriormente, una vez determinada la actuación contratada, pueda formalizarse por escrito el correspondiente contrato, detallándose todas las condiciones del mismo, así como los requisitos de la contratación, para proceder al abono de la prestación, cumplidos ambos. Ejecutadas las actuaciones excepcionales, se procederá a formalizar el correspondiente expediente y el contrato, y en particular, a incorporar la financiación que sea precisa. Como señala el propio artículo 120.1.b) de la LCSP (“...Si el contrato ha sido celebrado...”) lo que determina la existencia de contrato, si bien con unos tramites más flexibles.

La LCSP no recoge ninguna especialidad para estos contratos con relación a la publicidad de los actos de adjudicación y formalización en el perfil del contratante del órgano de contratación prevista en los artículos 151.1 y 154.1 de la LCSP.

Sin embargo, es coherente que la publicación se limitará, en estos casos, a lo que resulte pertinente dado que no hay procedimiento previo como en los trámites ordinarios; pero sí hay determinados datos de los que ineludiblemente se disponen, como son:

- la justificación del procedimiento utilizado,
- el objeto del contrato,
- el importe y
- el adjudicatario.

El artículo 63 de la LCSP, establece en su apartado 3 la información mínima a publicar y no recoge excepción alguna respecto a los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia. Asimismo, de acuerdo con el artículo 346 de la LCSP los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia deben ser también objeto de inscripción en registro de contratos (RECO).

Una vez analizadas las características del trámite de emergencia en la contratación pública se procede a contestar a las cuestiones concretas planteadas por el Cabildo de El Hierro.

1.- El artículo 44.4 de la LCSP indica que "No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia" como si concibiese la posibilidad de un procedimiento de emergencia en el que se pudiera llevar a cabo una adjudicación. A la vez la Ley permite ejecutar sin formalización, aunque no parece que la exima de la misma. En este sentido el artículo 153.6 de la LCSP expone "salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización".

Con estas dudas, sobre si cabe un procedimiento de adjudicación y de formalización en una obra de emergencia, nos remitimos al artículo 120.1.d) de la LCSP. Cuando dice "sobre el cumplimiento de los contratos" cuando ya están ejecutadas las actuaciones objeto de este





régimen excepcional. Es decir, en una obra emergencia ¿a qué se refiere este artículo sobre el cumplimiento de los contratos? ¿que procede cumplir respecto al procedimiento de contratación? ¿A qué fase se refiere exactamente? ¿a partir de que artículo de la Ley? ¿Debemos de adjudicar o formalizar un contrato con la empresa que realiza la emergencia cuando una obra esta ejecutada? ¿Y si está en proceso de ejecución?

El artículo 120 regula el trámite de emergencia y en el apartado d) señala expresamente: *“Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación”*.

Como se ha señalado anteriormente el trámite de emergencia tiene por objeto acometer de forma rápida y eficaz y sin formalidad una situación de peligro o la reparación de los daños causados o evitar una situación de peligro, pero ello no implica que no deba efectuarse un control de las actuaciones realizadas y en ese sentido el precepto citado señala que una vez realizado el encargo para acatar la situación, debe existir una comprobación de lo que se ha realizado aun cuando ese encargo haya sido de forma verbal.

El precepto obliga a acudir al articulado relativo al cumplimiento de los contratos, en concreto, al artículo 210 de la LCSP cuyo título *Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación*, establece que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación, exigiendo un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato. Es decir, que se puede contratar verbalmente la ejecución en caso de emergencia, pero la recepción debe hacerse con las garantías previstas en la LCSP 2017.

Si bien el encargo se realiza de forma verbal, ello no implica que su ejecución no deba llevarse a cabo de acuerdo con esas instrucciones realizadas por el órgano de contratación. Lo que establece la norma en este punto es que su comprobación se realice conforme a la normativa relativa a la ejecución del contrato, con un acto expreso de conformidad. Estamos en la fase de ejecución del contrato, comprobándose que la ejecución ha sido correcta para proceder al abono.

Además, respecto al contrato de obras debe aplicarse el artículo 243 de la LCSP, recepción y plazo de garantía, incluido en la Sección 4ª Cumplimiento del contrato de obras.

Como se ha señalado en el inicio del informe, por transparencia y publicidad de la actuación de los entes del sector público, así como por ser necesario una justificación fehaciente de todo lo actuado, evitando la arbitrariedad y parcialidad, debe adjudicarse y formalizarse por escrito los contratos celebrados por el trámite de emergencia, ya sea antes, durante o después de su ejecución.

2.- ¿En este procedimiento procede la retención de la garantía definitiva?

Si bien la LCSP no hace referencia a la obligación de constituir y formalizar la garantía definitiva, el órgano de contratación podrá exigirla en cualquier momento de la ejecución del contrato. Es decir, nada impide que pueda ser exigida al adjudicatario para responder de la buena ejecución del encargo. Es facultad del órgano de contratación exigir garantía definitiva





en la tramitación de emergencia. En este sentido se ha pronunciado la Junta Regional de contratación administrativa de Murcia en el informe 08/2003, de 9 de octubre.

3.- *¿En un contrato de emergencia es preceptivo y aplicable el informe jurídico de la secretaría que expone la DA Tercera LCSP 9/2017?*

En relación con el informe jurídico del secretario en la aprobación de expedientes de contratación de las Entidades Locales, exigido en la disposición adicional tercera de la LCSP, determinar, cómo se ha señalado a lo largo de este informe, que en el trámite de emergencia no hay expediente por lo que no ha de procederse a la aprobación del mismo y en consecuencia no es preciso dicho informe jurídico.

4.- *Dado que en una obra de emergencia no se suele disponer de proyecto inmediatamente, ¿qué tipo de acta procede para declarar el inicio de la actuación? Todo esto en comparación con una situación ordinaria en la que se redactaría un proyecto y al inicio de las obras, un acta de comprobación del replanteo del artículo 237 de la LCSP 9/2017.*

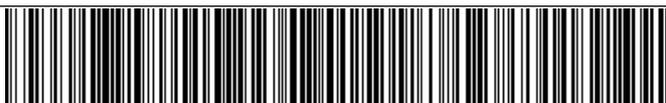
Declarada la tramitación de emergencia, se realizará la orden o comunicación de inicio de la ejecución que puede ser verbal.

No obstante, con el fin de acreditar lo dispuesto en el apartado c) del artículo 120 en el que se establece un plazo para el inicio de la ejecución de las prestaciones, en concreto un mes, y previéndose que en caso de incumplimiento del mismo la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario, será preciso dejar constancia del inicio de las obras declaradas de emergencia. Por este motivo el responsable del contrato y el contratista confeccionarán un acta de inicio de actuaciones, que expresamente determine cuando se han iniciado las obras, acta que será remitida al órgano de contratación para su inclusión en el expediente.

5. *Siguiendo la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Nota Informativa de fecha 12 de abril de 2020 en relación con la tramitación de emergencia de los contratos por los que se instrumentan medidas de lucha contra el COVID – 19; ¿qué tipo de documento deberían publicarse en el que consten el precio de adjudicación y la identidad del contratista? ¿Si las cuantías de las obras esta sujetas a regulación armonizada se debería publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea?*

Como se ha señalado, por transparencia y publicidad de la actuación de los entes del sector público, así como por ser necesario una justificación fehaciente de todo lo actuado, evitando la arbitrariedad y parcialidad, los contratos celebrados por el trámite de emergencia, ya sea antes, durante o después de su ejecución, debe adjudicarse y formalizarse por escrito. En ese documento ha de constar el objeto, el importe y el operador económico, y publicarse en el perfil del contratante.

La LCSP en los preceptos relativos a la resolución y notificación y publicación de la adjudicación (art 151.1) y la publicación de la formalización (art 154), no excluye a la contratación por la vía de la tramitación de emergencia en el perfil del contratante de acuerdo con el artículo 63 de la LCSP.





Efectivamente si los contratos tramitados por emergencia por el importe están sujetos a regulación armonizada, su formalización debe ser publicada en el DOUE.

6.-Puesto que en las obras de emergencia no existe previamente un Estudio de Seguridad y Salud ni tampoco un Plan de Seguridad y Salud; ¿qué tipo de documento específico de seguridad procede redactar durante el desarrollo de las obras? La pregunta es en el supuesto de que la obra no esté ejecutada.

7. Una vez finalizadas las obras de emergencia o durante la ejecución de estas; ¿se debe contratar la redacción de un proyecto que recoja la ejecución de las obras conforme al artículo 231 de la Ley de Contratos? Estamos preguntando en el supuesto en el que si fuese una situación ordinaria sí llevaría un proyecto de obra. Y si lo llevara, ¿debería este ser supervisado y aprobado por el órgano de contratación, aunque la obra ya esté realizada? ”.

Respecto a estas cuestiones se reitera que en la tramitación de emergencia no hay expediente. La obra o prestación para la reparación del daño se debe llevar a cabo, pero no es preciso más documentación. Una vez reparado el daño la continuación de las obras debe ejecutarse por el trámite ordinario.

No obstante, podría aplicarse, lo recogido en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (vigente en lo que no sea contrario a la ley), que referido a las obras de emergencia que ejecuta la propia Administración, el artículo 174 establece la necesidad de redactar la documentación técnica descriptiva de las obras realizadas tan pronto como las circunstancias lo permitan y con anterioridad o previamente al trámite de cumplimiento, recepción y liquidación de la obra.

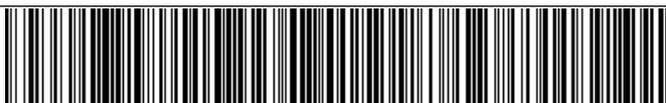
CONCLUSIONES

1.- La tramitación de emergencia prevista en el artículo 120 de la LCSP, es un régimen excepcional, que sólo procede en determinados supuestos específicos y se caracteriza principalmente por la ausencia de formalidad, con el fin último y básico de dar una respuesta inmediata a una necesidad imperiosa de actuar para la reparación de los daños causados o evitar una situación de peligro. En consecuencia, debe limitarse a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia.

2.-Esta actuación libre de formalidades no está exenta de límites por lo que el órgano de contratación debe justificar la concurrencia de las causas que jurídicamente autorizan a la contratación de emergencia evitando la arbitrariedad y parcialidad. Además, se ha de salvaguardar las reglas básicas de la contratación como son los principios de publicidad y transparencia, de integridad, y de eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

3.-En cuanto al cumplimiento del contrato tramitado por emergencia, debe realizarse con las garantías previstas en la LCSP 2017, es decir, con un acto expreso de conformidad.

4.- El contrato realizado por el trámite de emergencia, si bien se autoriza que se realice verbal,





los principios que inspiran la contratación pública, justifican que una vez determinada la actuación contratada, pueda formalizarse por escrito el correspondiente contrato, en el que se detalle todas las condiciones del mismo y procederse a su publicación, al no recoger la LCSP ninguna especialidad para estos contratos con relación a la publicidad de los actos de adjudicación y formalización en el perfil del contratante del órgano de contratación.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
MARIA TERESA PEIRO GARCIA-MACHINENA - JEFE/A DE SERVICIO JUNTA CONSULTIVA	Fecha: 04/10/2023 - 22:28:39
En la dirección https://sede.gobiernodecanarias.org/sede/verifica_doc?codigo_nde= puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0ciKz8vEKNo7LkpPpN4Z6lna7nahNNb8y	 
El presente documento ha sido descargado el 05/10/2023 - 07:47:03	