



80  
años

# EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Contratación pública

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN  
MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA  
*Coordinadores*

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

SERIE

28



# EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Contratación pública

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN  
MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA  
COORDINADORES

**Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.**

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

El texto que se presenta a continuación reproduce las versiones originales de los autores,  
por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

## CONTENIDO

Introducción

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA

Esbozo de la contratación pública en emergencia en España

Beatriz CAMARILLO CRUZ

Tres decretos que impactan la contratación pública durante la pandemia del COVID-19

Rodolfo CANCINO GÓMEZ

Directivas de compras públicas de emergencia por la pandemia COVID-19 en Chile

Enrique DÍAZ BRAVO

La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública desde la perspectiva de eficacia *versus* integridad en España

José María GIMENO FELIU

El estado de emergencia en Colombia derivado del COVID-19 y las regulaciones normativas en contratos públicos para atender la crisis sanitaria

Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA

La contratación pública en la emergencia de la COVID-19

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA

Estado de derecho, acción extraordinaria en materia de salubridad general y compras gubernamentales

Daniel MÁRQUEZ

Regulación en el derecho español de la contratación pública de emergencia para hacer frente al COVID-19

José Antonio MORENO MOLINA

Contratación pública en tiempos de COVID-19 en Uruguay

Ximena PINTO NERÓN

Principios y condiciones de los procedimientos administrativos de contratación pública

Jorge VARGAS MORGADO

## INTRODUCCIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), se constituye, por sí mismo, además de la labor propia de investigación, docencia y vinculación, en una editorial con reconocimiento no sólo nacional sino internacional, con un alto estándar de calidad académica de sus publicaciones y con un impacto no sólo por el número de ellas sino por la divulgación de las mismas.

A esta labor editorial, el Dr. Pedro Salazar Ugarte, director del IIJ-UNAM, en su plan de trabajo 2018-2022 incluyó un proyecto editorial especial titulado “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional” coordinado por Nuria González Martín, el cual se hizo efectivo a partir de octubre de 2018.

La propia naturaleza de este proyecto especial habla por sí solo, al congregar (i) temas de coyuntura con relevancia jurídica e incluso temas no estrictamente legales; (ii) vinculados con la Agenda Nacional; (iii) con una extensión breve; (iv) dirigido a un público no necesariamente especializado; (v) con una vocación informativa, es decir, no es un documento estrictamente doctrinal pero tampoco es divulgación per se, y (vi) que amerita celeridad en su redacción y publicación para que consiga el impacto deseado, es decir, incidir en la opinión pública y eventualmente en la toma de decisiones públicas.

Por las razones de excepcionalidad por las que estamos transitando en 2020, con la emergencia sanitaria por COVID-19, creímos conveniente utilizar este canal de conocimiento para hacerle llegar a todos los interlocutores involucrados, información sencilla pero veraz sobre el estado del arte, las consecuencias y las proposiciones lanzadas desde diferentes áreas del conocimiento jurídico.

En este número, que es una continuación de la emergencia sanitaria por COVID-19, vimos la necesidad de dedicar un monográfico en torno a la contratación pública, en virtud de que en los diferentes decretos y acuerdos de las autoridades administrativas sanitarias se establecen reglas específicas para realizar las compras de insumos, contratación de personal y realización de contratación pública.

Es un tema de la mayor relevancia, ya que se trata de gastar el dinero público, el cual, aún en tiempos de emergencia sanitaria, debe de ejercerse con base en el principio de legalidad, y bajo la vigilancia de los órganos encargados del control interno de la administración pública.

En este volumen escriben reconocidos y prestigiados juristas expertos en el tema de la contratación pública de Chile, Colombia, España, México y Uruguay, lo cual, nos brinda un panorama no solo nacional sino también de carácter internacional de lo que ocurre en algunas latitudes del mundo.

Beatriz Camarillo Cruz, profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM, que esta realizando una estancia académica en España, nos comparte su artículo intitulado “Esbozo de la contratación pública en emergencia en España”, en el cual, nos explica, desde la mirada externa, los fundamentos y las acciones realizadas hasta el momento, por las autoridades administrativas del país Ibérico, para realizar las contrataciones públicas con motivo de la emergencia.

Rodolfo Cancino Gómez, en su artículo “Tres decretos que impactan la contratación pública durante la pandemia del COVID-19”, analiza tres normativas expedidas en el marco de la emergencia que, en opinión del autor, reflejan el ánimo centralista del gobierno federal en materia presupuestaria y de gasto público, lo cual impacta la contratación pública.

Enrique Díaz Bravo, nos comparte sus reflexiones en su artículo “Directivas de compras públicas de emergencia por la pandemia COVID-19 en Chile”, en el cual, destaca la guía, en esta materia, de la Dirección de Contratación y Compras Públicas del Estado de Chile, lo que ha permitido a los organismos públicos poder contar con un marco de referencia con sustento técnico para concentrar sus esfuerzos en el suministro de bienes y la contratación de servicios urgentes.

José María Gimeno Feliu, escribe sobre “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública desde la perspectiva de eficacia versus integridad en España”, aportación en la cual reflexiona sobre los problemas derivados de la emergencia y en la que señala que es necesario una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora.

Ciro Nolberto Güecha Medina, con el título “El estado de emergencia en Colombia derivado del COVID-19 y las regulaciones normativas en contratos públicos para atender la crisis sanitaria”, expone que en Colombia las contrataciones públicas con motivo de la emergencia están reguladas en dos decretos administrativos, sin embargo, señala el autor, que en asuntos de contratos ya estaban previstas en las normas que regulan la contratación administrativa de emergencia, y que, aunque no se hubieran dictado los decretos legislativos, se habrían podido utilizar los procedimientos existentes antes de la emergencia.

Miguel Alejandro López Olvera, en su trabajo sobre “La contratación pública en la emergencia de la COVID-19”, analiza el marco reglamentario en materia de contratación pública dictado en el marco de la emergencia, en el cual, opina el autor que es una regulación paralela, que no existía motivo para expedirse en virtud de que las Leyes ordinarias ya contemplan situaciones de excepción.

Daniel Márquez, en su artículo “Estado de derecho, acción extraordinaria en materia de salubridad general y compras gubernamentales”, analiza estos tres aspectos en la actual emergencia, y señala, que la autoridad sanitaria, en tiempos de emergencia, debe sujetarse a los límites de su competencia, así como el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, así como las compras gubernamentales deben respetarse los principios que las rigen y las autoridades competentes tienen la obligación de rendir cuentas, fiscalizar sus actos y asumir la responsabilidad sobre sus decisiones.

José Antonio Moreno Molina, explica, en su trabajo denominado “Regulación en el derecho español de la contratación pública de emergencia para hacer frente al COVID-19 un trabajo en el que se abordan”, el procedimiento de compras de insumos en el derecho español, en esta época de emergencia, y aporta algunas sugerencias para perfeccionarlo

Ximena Pinto Nerón, en su aportación “Contratación pública en tiempos de COVID-19 en Uruguay”, explica como el gobierno expidió algunas normativas en materia de contrataciones públicas para hacer frente a la emergencia, entre las cuales destacan por la utilización de mecanismos novedosos como las tecnologías, los convenios marco y la suspensión de plazos.



Por último, Jorge Vargas Morgado, nos explica, en su aportación “Principios y condiciones de los procedimientos administrativos de contratación pública”, como el principio denominado de interés general, es el que determina muchas condiciones de los contratos administrativos, es decir, señala el autor, la determinación del interés general queda en manos de un servidor público.

Sin lugar a dudas, el abordaje de una materia de tanto interés e impacto, permitirá que los especialistas, así como los diferentes órganos del Estado puedan pensar e imaginar en los nuevos escenarios de la contratación pública, en tanto salimos del aislamiento domiciliario.

Nuestro reconocimiento al liderazgo de nuestro director el Dr. Pedro Salazar Ugarte, por impulsar la crítica y el análisis de temas jurídicos que no solo son de relevancia mundial, sino que, como ha dejado constancia este volumen, son de relevancia global.

También nuestro reconocimiento a la gran labor de coordinación y de edición a las áreas de la Secretaría Académica que encabeza la Dra. Issa Luna Pla, y a la Secretaría Técnica, que liderea el Lic. Raúl Márquez Romero.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN  
Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA

## ESBOZO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EMERGENCIA EN ESPAÑA

Beatriz CAMARILLO CRUZ<sup>1</sup>

La Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020, como pandemia a la crisis de salud pública ocasionada por el COVID -19, situación que ha implicado un trastocamiento en el ámbito normativo, institucional, político, económico y social al interior de la mayoría de los estados, y cuyo impacto real aún es incierto, sin embargo, permite avizorar alarmantes crisis en distintos ámbitos del espacio público y privado. En este contexto, los gobiernos de los estados han optado por echar mano de fórmulas constitucionales y legales previstas en sus diversos ordenamientos jurídicos para hacer frente a esta situación sanitaria para tratar de paliar, en mayor o menor medida, sus efectos en la población en su conjunto. También resulta notable que en esta coyuntura, la producción normativa de excepción se ha incrementado, teniendo como base las potestades ya contempladas en la normativa estatal; en otros casos su desarrollo se realiza en el transcurso de la propia emergencia sanitaria y en varios más, pareciera que se improvisa conforme a las circunstancias, poniendo a prueba en todas las situaciones el principio constitucional de división de poderes, y concretamente en el orden administrativo, el principio de legalidad de la actuación administrativa.

En materia de contrataciones públicas, uno de los datos presentes en el análisis es el relacionado con su impacto en las economías nacionales; así, tenemos que de acuerdo con información de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico<sup>2</sup>, la contratación pública en los países de la región de América Latina y el Caribe significó en promedio en 2016, el 21.9% del gasto público total, siendo los países que más invierten en contratación pública, con relación al

---

<sup>1</sup> Profesora de asignatura en el Sistema de Educación Abierta y Educación a Distancia en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y miembro asociada del Instituto Nacional de Administración Pública. Es coautora del libro *La Diasporología como una teoría del fenómeno de la corrupción en México*.

<sup>2</sup> OCDE. *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017*, Ed. OCDE, París, 2016. p. 146-148.

Producto Interno Bruto (PIB), Colombia (13.2%), Perú (11.6%) y Brasil (8.2%), registrando México en el mismo rubro poco menos del 6%. Por su parte, la contratación pública representa el 19% del PIB de la Unión Europea, mientras que en España implica el 9.6%.<sup>3</sup>

Tomando como referencia el impacto de la contratación pública en las economías nacionales y regionales, y abordándola desde una perspectiva estratégica para ubicarla como una herramienta en manos de los gobiernos para el cumplimiento efectivo de sus fines, como recientemente está siendo desarrollado por la doctrina del derecho administrativo, se requiere de la incorporación de criterios de tipo social, medioambiental, de innovación y de desarrollo económico en su materialización, para garantizar la función de los estados en favor del interés general. Ahora bien, se considera que puede contribuir al debate de la construcción legal e institucional en los países de América Latina, el estudio del modelo español, primero para visibilizar la necesidad de contar con una base legal de emergencia acorde con el ordenamiento constitucional, y posteriormente, para la propuesta en su caso, de ajustes que permitan una mayor gobernanza en la contratación pública.

En España el pasado 14 de marzo, previo acuerdo con el Consejo de Ministros, se dio a conocer el Real Decreto 463/2020, mediante el cual se impuso el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con importantes medidas de restricción de la movilidad de la población y de las actividades económicas en todo el país, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Española y la Ley reglamentaria de 1981. El citado Decreto, contempló un plazo inicial de quince días naturales como duración del estado de alarma, prorrogándose hasta el momento en cuatro ocasiones<sup>4</sup>, prorrogas en todos los casos autorizadas por el Congreso de los Diputados. En virtud del citado Decreto, la máxima autoridad recae en el Presidente del Gobierno, delegando en cuatro ministros las funciones para la atención de la crisis: la Ministra

---

<sup>3</sup> Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. *Informe anual de supervisión de la contratación pública en España*. Ministerio de Hacienda, España, diciembre de 2019, P. 12.

<sup>4</sup> Me refiero a los Reales Decretos 463/2020 del 14 de marzo; 476/2020 del 27 de marzo; Real Decreto 487/2020 del 10 de abril; 492/2020 del 24 de abril y al 514/2020 del 08 de mayo de 2020.

de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad. Sobre la base del citado Decreto se ha emitido una cantidad importante de normativa excepcional durante la crisis, tanto desde el gobierno del Estado, como al interior de las comunidades autónomas, baste mencionar que la actualización periódica que se realiza a través del Boletín Oficial del Estado de la llamada normativa COVID-19, se hace referencia a cerca de 194 documentos normativos modificados.<sup>5</sup> Esto es especialmente relevante ya que muestra la manera en que los estados buscan dotar de legalidad y legitimidad sus decisiones en escenarios complejos de incertidumbre.

En la administración pública el principio de legalidad es uno de los ejes sobre el cual opera todo el conjunto de acciones, la emisión de reglamentos, acuerdos, contratos, entre otras potestades que le son propias, por ello, es imperativo que toda su actuación tenga su fuente en la ley la cual invariablemente obliga a los agentes de la administración a fundar y motivar de una marea razonable, su actuación. La contratación pública como acto de la administración reitera esta máxima, y en el presente texto me referiré brevemente a dos circunstancias que la explican: 1) la relacionada con el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia, referenciando especialmente el caso español; y 2) la referencia a algunas consideraciones de la autoridad administrativa para abonar en la fundamentación y motivación de la contratación mediante procedimientos de emergencia.

### **El procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia**

España tiene una larga tradición normativa en materia de contratación pública, en noviembre de 2017 se aprobó la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (Ley de CSP), 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, siendo uno de sus objetivos regular la contratación pública para garantizar que la misma se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones,

---

<sup>5</sup> Boletín Oficial del Estado. “COVID – 19: Derecho Europeo, Estatal y Autonómico”, Código Electrónico actualizado al 14/05/2020.

publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. Los sujetos obligados de esta Ley son entre otros, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades de la administración local, los organismos autónomos, las universidades públicas y los poderes adjudicadores. En la gestión administrativa de la contratación pública, se establecen dos modalidades de instituciones: las consultivas y las de asistencia, las primeras con el cometido de regular y apoyar en la interpretación de la legislación en la materia, y las segundas de carácter técnico para el apoyo especializado en las contrataciones.

Bajo esta tesitura, la Ley de CSP establece en el artículo 120 el procedimiento de contratación excepcional a los procedimientos ordinarios, es decir la “tramitación de emergencia”, que a la letra dice: *“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 la defensa nacional...”*, se estará al régimen excepcional de contratación que en términos generales implica: a) que el órgano de contratación no está obligado a tramitar el expediente de contratación; b) que en caso de que no existan recursos o “créditos” adecuados y suficientes asignados al órgano de contratación, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria y, c) si el contrato hubiese sido celebrado por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entre otras entidades públicas, “se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días”. Como puede apreciarse, en España en materia de contratación de emergencia, existe un mecanismo de control vía Consejo de Ministros, al que deberá darse cuenta de las contrataciones realizadas en esta etapa de emergencia.

Desde la declaración del estado de alarma se han publicado diversos textos normativos que impactan en los procedimientos de contratación pública, entre ellos destaca el propio Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, específicamente la Disposición adicional tercera, relativa a la suspensión de los plazos administrativos, y por consiguiente, la suspensión de las contrataciones públicas ordinarias, hasta en tanto dejaré de tener vigencia el decreto de alarma. De igual manera destaca el

Decreto-Ley 7/2020 de 12 de marzo, que en su artículo 16 establece que “todos los contratos que se celebren 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 coronavirus, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia”. Por consiguiente, desde la declaración del estado de alarma, las únicas contrataciones públicas permitidas son las relacionadas con la adquisición de equipos de protección individual y demás medidas encaminadas a hacer frente al COVID-19, mediante la contratación de emergencia, situación que ha generado severas críticas entre las administraciones públicas regionales y locales, en el sentido de no justificarse plenamente la suspensión de la totalidad de los procedimientos de contratación pública ordinaria, ya que su tramitación es prácticamente electrónica y por tanto, al no ponerse en riesgo la salud pública, en los hechos se afecta a las medianas y pequeñas empresas con el consiguiente impacto negativo en la economía nacional.

Lo cierto es que, tras las acciones para el desconfinamiento de la población, publicadas en el Plan para la Transición hacia una nueva normalidad, del 28 de abril de 2020, se han implementado medidas que relajan la prohibición para llevar a cabo la contratación pública bajo procedimientos ordinarios, situación visible en el Decreto Ley 17/2020 del 5 de mayo, en lo referente a las contrataciones en el sector artístico y de espectáculos.

### **Criterios para determinar las contrataciones públicas de emergencia**

Con el objetivo de procurar evitar que se haga un uso abusivo del proceso de contratación de emergencia, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda español, órgano de naturaleza consultiva de acuerdo con la Ley de CSP, ha interpretado la “Tramitación de emergencia de los contratos por los que se instrumentan medidas de lucha contra el COVID-19”, bajo el criterio de que: 1) a pesar de que en un primer momento no se exige una formalización específica de los contratos e incluso pueden celebrarse de manera verbal, ello no excluye que, *a posteriori*, puedan llenarse las exigencias de los principios de publicidad y transparencia; 2) este tipo de tramitación

excepcional no es enteramente libre para el órgano de contratación, sino que está sometida a la concurrencia de la causa legal que la justifique; 3) sólo en los casos en los que se justifique la concurrencia legal se dará trámite al procedimiento de emergencia, debiendo ofrecerse una justificación razonada y sólida; 4) debe mantenerse la obligación de la publicación de los contratos en el Diario Oficial de la Unión Europea o en el Boletín Oficial del Estado, según corresponda; y 5) los contratos celebrados a la luz del artículo 120 de Ley CSP deben informarse al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>6</sup> ha señalado algunos criterios en relación al procedimiento de emergencia el cumplimiento de las siguientes condiciones: 1) Que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, es decir: acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o afectación a la defensa nacional; 2) Que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia; 3) Que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación, quien se responsabiliza de motivar la concurrencia de una circunstancia excepcional y de acreditar su existencia; 4) Que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación; 5) Que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación.

Atendiendo a lo anterior, en los contextos de crisis sanitarias los gobiernos de los estados requieren acciones inmediatas para hacer frente a las necesidades apremiantes, sin embargo, las acciones no deben ni pueden alejarse de la legalidad propia de los gobiernos democráticos. Recordemos que discrecionalidad en la administración no implica arbitrariedad administrativa y es preciso blindar las actuaciones públicas en este sentido.

---

<sup>6</sup> Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del Ministerio de Hacienda, Resolución 102/2017, retomado del "Informe con relación al Expediente 17/2019. Materia 12.2. Tramitación ordinaria, urgente o de emergencia", visible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Informes/Informes2019/17-2019-PROCEDIMIENTOS-DE-EMERGENCIA-ELECCIONES.pdf>.

La contratación pública de emergencia debe estar perfectamente soportada en los argumentos que se señalen por parte de la entidad contratante, no basta con señalar “COVID 19” como causa de justificación, sino que es necesario la formulación de razonamientos, argumentación y relación causal entre el objeto de los contratos y las necesidades específicas que deben atenderse por los gobiernos en una situación de emergencia. Porque además del contexto de incertidumbre propio de un estado de emergencia o excepción como el que actualmente atravesamos, la complejidad de las actuaciones también viene acompañada de otros problemas, por ejemplo, la inseguridad y la delincuencia estructural.

Finalmente y si fuese posible hablar de una época post COVID, estamos obligados a realizar una reflexión seria a cerca de los posibles escenarios en el mediano plazo, de la posibilidad de recurrencia de este tipo de crisis, de los daños generados por la misma, de los recursos reales involucrados y de las áreas de oportunidad en contrataciones públicas para incentivar los procedimientos electrónicos de una manera estratégica, ya que al representar la contratación pública un porcentaje significativo del PIB ESTATAL, el fomento a las pequeñas y medianas empresas podría ser crucial en la reactivación de la economía en el corto y mediano plazo.



## TRES DECRETOS QUE IMPACTAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Rodolfo CANCINO GÓMEZ<sup>1</sup>

Si se recorta el presupuesto, se contrae el gasto público, impacta la contratación pública y por ende detiene la reactivación de la economía.

Dado el confinamiento de la población originado por la pandemia del COVID-19 autorizado mediante el Acuerdo del 30 de marzo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) ha provocado estragos en la economía nacional que ha caído en profunda recesión. Los efectos económicos son dramáticos en cuanto a la pérdida de empleos, el cierre de empresas micro, pequeñas y medianas empresas que constituyen un 70% del sector productivo del país, y el decrecimiento económico en el PIB a nivel nacional con un paupérrimo 6.6 por ciento.

Ante una catástrofe de este tipo, según José Ramón Cossío *“la crisis que vivimos ha producido ya sus propias normas jurídicas.”* Ahora más que nunca el Derecho se expande para regular nuevas conductas, tipificar fenómenos y contener los efectos económicos de la pandemia. Esta crisis pondrá a prueba los nuevos recursos legales para medir el grado de efectividad en el ámbito económico.

La interconexión de los decretos por analizar, tiene repercusiones e interpretaciones en distintos ámbitos del Derecho, que ha desencadenado un rediseño del nuevo orden jurídico internacional con herramientas de carácter global ante los grandes problemas transnacionales conforme a nuevas recetas jurídico-económicas que atiendan la protección de los derechos humanos.

---

<sup>1</sup> Profesor-Investigador Definitivo en el área de comercio internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores y al Observatorio de Contratación Pública.

## **Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el COVID-19**

Mediante este decreto del *27 de marzo del 2020* proveyó al Ejecutivo a través de la Secretaría de Salud, emitir acciones extraordinarias para mitigar los impactos de la pandemia. En lo relativo a la contratación pública se determinó que no se llevarían a cabo los procedimientos de licitación pública para adquirir todo tipo de bienes y servicios, tanto a nivel nacional como internacional, entre los que destacan la adquisición de equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos, así como todo tipo de mercancías y objetos que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia.

Esta declaración tiene incidencia directa en la contratación pública para realizar las adquisiciones de bienes y servicios, ya que suspende o paraliza los procedimientos de contratación pública en curso, o en su caso se puedan cancelar los ya iniciados. Si bien existen las condiciones de fuerza mayor para llevar a cabo la contratación mediante adjudicaciones directas, de una u otra forma impiden realizar en tiempo y forma los procesos de licitación pública. Llevar a cabo las compras públicas mediante un mecanismo de excepción denominado adjudicaciones directas, que si bien están regladas en las leyes en la materia tienen un alto grado de opacidad con elevados índices de corrupción. Tenemos ejemplos palpables como el material de protección contra el COVID-19 proveniente de China que no cumple con las especificaciones técnicas o las compras del IMSS de respiradores con sobrepagos de hasta un 200%.

No sorprende el hecho de recurrir a las “adjudicaciones directas”, toda vez que con o sin decreto se venía realizando así, de tal forma que ya las compras públicas a través de este mecanismo de excepción alcanza el 77%. En consecuencia el decreto sólo confirma su utilización, sin que pueda interpretarse como una medida extraordinaria aplicable a este estado de emergencia, sino es una excepción recurrente que se aplica con normalidad y regularidad operacional en el actual gobierno.

Conforme a los artículos 38 y 40, de la Ley de Adquisiciones y de la Ley de Obra Pública, respectivamente, se prevé que, cuando existan condiciones de fuerza mayor, los procesos de licitación pública ya abiertos, se podrá decretar desierta la licitación a efecto de proceder a los mecanismos de invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa, en el caso de que éstos resulten más oportunos para atender el evento que ha dado lugar a un caso fortuito o de fuerza mayor. Además se reafirma que ante caso fortuito o fuerza mayor, la dependencia o entidad podrá bajo su responsabilidad suspender la prestación del servicio, en cuyo caso únicamente se pagarán aquellos que efectivamente se hubieren prestado, por lo que si así fuere se reintegrarán los anticipos.

Es evidente que los responsables de la contratación pueden desahogar un procedimiento de contratación por asignaciones directas. Si bien es legal, lo realmente criticable es que existe desconocimiento para llevarlo a cabo conforme a las directrices de la normatividad vigente, una actuación y gestión arbitraria de la autoridad que impide garantizar en esta crisis sanitaria un adecuado servicio público de salud y por otro lado un caldo de cultivo para la corrupción.

### **Decreto del 4 de abril del 2020 por el que se ordena la extinción o terminación de los fideicomisos públicos, mandatos públicos y análogos**

Este ordenamiento deriva y se inspira en el texto de la Ley Federal de Austeridad Republicana (LFAR) donde se introduce una rígida disciplina fiscal y se impulsa una reducción significativa del gasto público que impacta el presupuesto destinado, en este caso, a los fideicomisos para celebrar contratos públicos para adquirir productos y servicios.

Este decreto ordena la extinción o terminación de unos 280 fideicomisos públicos, mandatos públicos y análogos no estratégicos adscritos a diversas dependencias del gobierno federal, lo que representa alrededor de 740 mil millones de pesos, casi un punto del Producto Interno Bruto (PIB). El texto legal no contiene fundamentos sólidos que sustente la extinción de los fideicomisos, porque no motiva ni explica las razones de su desaparición. Solo se instruye a los ejecutores de gasto, por conducto de sus unidades responsables, coordinen las acciones que

correspondan con las instituciones fiduciarias, mandatarias o comisionistas, para que se reintegren los fondos a la Tesorería de la Federación, sin siquiera mencionar a que partidas del presupuesto serán reasignados.

Sin duda, este decreto es inconstitucional e ilegal a luz de la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, arrebatando facultades del Congreso de la Unión en materia presupuestaria y realiza una confiscación simulada de los recursos públicos que no le corresponde al Ejecutivo, o en su caso cuando existe inversión extranjera dentro de un fideicomiso estaría realizando una medida equivalente a la expropiación. En consecuencia, no tiene un objetivo claro y preciso, ni invoca ningún criterio del Plan Nacional de Desarrollo u otros que le diera mayor sustento jurídico, como por ejemplo para hacer frente a la emergencia sanitaria por el COVID-19, o al cumplimiento de los programas sociales, ayudar a la reactivación de la economía, apuntalar a Pemex por la caída en los precios del petróleo y/o a pagar la deuda del país. Cualquiera que se hubiera elegido sería más viable y fiable desde una perspectiva jurídica.

Se sobreentiende que habría un reordenamiento de los fideicomisos por la reestructuración de las dependencias y entidades federales, así como un impacto a su gasto público por cuestiones de austeridad, sin embargo nunca se anunció de manera anticipada una eventual desaparición o extinción de los mismos mediante informe o dictamen por parte de la Comisión de Evaluación que se integra por la Secretaría de Hacienda Pública y la Secretaría de la Función Pública, tal como lo prevé la propia LFAR.

### **Decreto por el que se establecen las medidas de austeridad que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal bajo los criterios que en el mismo se indican**

Fue publicado el 24 de abril del 2020, en el que se establecen las medidas de austeridad que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal bajo simples criterios sin sustento jurídico. Su objeto es hacer frente a *“la crisis mundial del modelo neoliberal”*, sin enfatizar de que se trata una herramienta para atacar la *crisis económica provocada por el COVID 19*, mediante

la aplicación de ciertas medidas de austeridad a la Administración Pública, tales como la reducción de sueldos hasta un 25% de servidores públicos desde subdirector hasta el Presidente; y renuncia voluntaria a los aguinaldos. Destaca la desaparición de diez subsecretarías sin despedir el personal, lo cual no tiene lógica alguna, pero aún más descabellado es la promesa de crear como por arte de magia dos millones de empleos de manera espontánea sin planeación, organización y reasignación presupuestaria.

Respecto a la encomienda de que no se ejerza el 75% del presupuesto disponible de las partidas de servicios generales y materiales y suministros, incluyendo a “*lo supuestamente comprometido*”, se traduce en una afectación directa en los procedimientos de contratación que estaban en curso y los nuevos que ya estaban programados, pero por la evolución imprevista de las circunstancias ya no se llevarán a cabo; lo cual propicia un escenario donde las partidas asignadas no puedan ejercerse al caer dentro del universo del 75% de reducción de ese rubro del presupuesto. Además, si se da una extensión de la contingencia, puede darse la posibilidad de que finalice el ejercicio fiscal sin que se pueda comprar todo lo que se tenía programado, lo que desde una perspectiva económica podría darse un subejercicio fiscal con las consecuentes repercusiones en la contracción de la economía.

En la desesperación de tener un paquete presupuestario de 622 mil 556 millones de pesos, en medio de la parálisis impuesta por la pandemia de Covid-19, se prevé reducir uno de cada cuatro pesos que la administración pública gasta mediante contratos públicos en la adquisición de materiales, suministros y servicios generales, con excepción de la Secretaría de Defensa Nacional, Salud, Marina, Energía, Seguridad y Protección Ciudadana incluyendo a la Guardia Nacional. Obviamente dejando intacto el billón 719 mil 157 millones que ocupan también en materiales, suministros y servicios generales la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos.

Este decreto concibe una contradicción, por un lado dice “combatir la crisis mundial del modelo neoliberal”, pero otro lado adopta ese modelo cuando adopta medidas en lo relativo al recorte del presupuesto, mayor disciplina en el gasto

público y reducción de la estructura gubernamental. Es un decreto débil e inconsistente en cuanto a su fundamentación, se rige por los *criterios* y no por principios. Es evidente que tiene una naturaleza jurídica irregular e incongruente, no tiene técnica legal y es claramente inconstitucional porque violenta y arrebató los derechos consagrados en la Carta Magna y atenta contra la teoría de la división de poderes.

Otro efecto directo a las finanzas públicas es la fuerte caída del peso ante el dólar, o sea un aumento en el tipo de cambio que impacta los precios de productos y servicios que se importan, en detrimento del ejercicio del gasto público. Desde que empezó el confinamiento y la parálisis de los sectores productivos que realizan actividades esenciales se tuvo una depreciación aproximada del 30% en relación peso/dólar, lo cual impactan las contrataciones que se pactan en dólares y que se rigen por el tipo de cambio a la fecha de la presentación y apertura de proposiciones.

A pesar de estas afectaciones, se decidió posponer las acciones y el gasto del gobierno, a excepción de 38 programas que se estiman prioritarios, tales como el Aeropuerto General Felipe Ángeles, la Construcción de la refinería de Dos Bocas, el Sistema aeroportuario de la Ciudad de México, el Parque Ecológico Lago de Texcoco, el Tren Maya, entre otros.

### **Reflexión final**

En la LFAR obliga a que todas las instituciones públicas deberán llevar a cabo la contratación pública por “regla general y de manera prioritaria, a través de licitaciones públicas. Las excepciones a esta regla deberán estar plenamente justificadas ante el órgano encargado del control interno que corresponda”.

Sin embargo, se ha autorizado realizar todo a través de las adjudicaciones directas para atender con oportunidad esta pandemia de fuerza mayor. Esto ha provocado que las entidades gubernamentales hayan realizado compras sin apego a la normatividad aplicable, generando mayores prácticas corruptas.

En síntesis, están comprando *bajo un tipo de contratación de excepción pero ilegal*, porque no se respetan los principios de contratación establecidos en el marco normativo nacional, aún menos respetar las mejores prácticas internacionales.

Estos tres decretos reflejan el ánimo centralista del gobierno federal en materia presupuestaria y de gasto público, lo cual impacta la contratación pública, aún más cuando quieren sembrar el modelo de compras consolidadas que a casi de dos años de su lanzamiento no ha dado los resultados esperados, sino al contrario ha sido contraproducente y ha generado desabasto y encarecimiento de los productos.

Es evidente que se ha sobrexplotado la facultad reglamentaria del Ejecutivo para gobernar mediante decretos, pero el verdadero peligro es que estas nuevas atribuciones se eleven a nivel de ley, tal como la propuesta que se envió al congreso para modificar la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la cual de aprobarse el Ejecutivo podría manejar con discrecionalidad de manera indefinida un 30 % del presupuesto de egresos.

De acuerdo con el Registro Único de Proveedores y Contratistas (RUPC), 7 mil 703 de los proveedores del gobierno se clasifican como micro empresas, 5 mil 844 como pequeñas y 3 mil 585 como medianas, el resto son corporativos o prestadores de servicios profesionales. En consecuencia para salir más pronto de esta crisis económica es importante mantener inalterable la normatividad aplicable, no restringir el gasto público para que se reactiven las cadenas globales de valor y se establezcan mecanismos de apoyo subsidiario a todas las empresas, bajo una priorización de proyectos rentables con mayor efecto multiplicador.

## **DIRECTIVAS DE COMPRAS PÚBLICAS DE EMERGENCIA POR LA PANDEMIA COVID-19 EN CHILE**

Enrique DÍAZ BRAVO<sup>1</sup>

### **Contexto normativo producto de la COVID-19**

Por medio del Decreto N° 4, de 5 de febrero de 2020, el Ministerio de Salud decretó Alerta Sanitaria en Chile en el contexto de la pandemia mundial de COVID-19, lo que fue seguido de la declaración de Estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el territorio nacional por un periodo de 90 días, a través del Decreto N° 104, de 18 de marzo de 2020, ordenado por el Presidente de la República.

En dicho orden de cosas, la contratación pública ha adquirido una relevancia esencial para la adquisición de bienes, servicios y obras, de emergencia, para que el Estado pueda hacer frente a la pandemia. La Administración ha actuado por medio de diversos frentes, y en esta presentación destacaremos el rol que está cumpliendo la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante “ChileCompra”), por medio de sus recomendaciones a los órganos públicos.

### **Directivas de ChileCompra frente a la emergencia**

ChileCompra tiene dentro de sus funciones la de *asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones*, según dispone el art. 30, letra a), de la Ley N° 19.886, lo que es complementado por medio de su Reglamento N° 250/2004, en su art. 104 bis, letra a), con la potestad de *emitir orientaciones y recomendaciones generales, conducentes a difundir buenas prácticas y a fortalecer la probidad, la transparencia y la eficiencia en las compras públicas por parte de los compradores y los proveedores*.

En dicho marco normativo, es que ChileCompra ha dictado dos directivas de contratación pública en el contexto de la Pandemia. Como ha sostenido la

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Asociado en Mackenna y Cruzat Abogados. [enriquediazbr@santotomas.cl](mailto:enriquediazbr@santotomas.cl).



Contraloría General de la República en su Dictamen N° 306 de 2016, las directivas de contratación pública de ChileCompra son “...recomendaciones efectuadas en el ejercicio de un rol asesor, careciendo de un carácter imperativo, por lo que no resultan obligatorias para los organismos sujetos a la ley N° 19.886”. La naturaleza *soft law* comentada de las directivas de contratación logran encauzar el actuar de los órganos de la Administración del Estado, especialmente en situaciones de crisis, como la provocada por la COVID-19, por lo que el rol es especialmente relevante en estos días.

1) Directiva N° 34: La primera de las directivas de emergencia es la N° 34, que aprueba recomendaciones sobre contratación pública para órganos compradores, con motivo de la pandemia del virus COVID-19, de 13 de abril de 2020. En ella se establecen una serie de medidas, con especial consideración a optimizar los procesos de abastecimientos de los órganos públicas, debiendo priorizar los procedimientos remotos, y reduciendo las barreras administrativas en los procesos de compra de modo de facilitar la participación de proveedores. En el mismo sentido, se recoge la situación de las empresas proveedoras del Estado, las que no solo están sufriendo falta de liquidez, sino que también la dificultad para la obtención de la documentación que normalmente se requiere en procedimientos de contratación.

Atendidos los motivos indicados es que se han emitido las siguientes recomendaciones:

1) Recepción de documentos en formatos digitales en forma preferente. Se abren las alternativas para recibir antecedentes, certificados de experiencia, declaraciones juradas, documentos de garantía de seriedad de las ofertas o de correcta ejecución de los contratos, para que ellos puedan ser remitidos por vía electrónica en forma preferente a la Entidad licitante.

2) Ampliación de plazos. Se recomienda ampliar todos los plazos en los procesos abiertos de licitación, especialmente para la presentación de las ofertas, los plazos de evaluación de las mismas, y del procedimiento de adjudicación y firma del contrato.

3) Autorización electrónica de documentos. Se recomienda la firma electrónica de todos los documentos, con el fin de evitar el contacto físico al momento de la

entrega, pudiendo ser una firma electrónica simple. En cambio, para los órganos públicos se requiere de firma electrónica avanzada de la autoridad competente, en el caso de los actos administrativos terminales o aquellos que se expresen en instrumento público, mientras que los actos administrativos que llevan firmas de funcionarios intermedios podrán ser firmados por medio de firma electrónica simple. En el caso de que esto último no sea posible, se podrá demostrar la trazabilidad de las autorizaciones por medio de cadenas de correo electrónico.

4) Comisiones de evaluación por vía remota. Tanto las sesiones de los miembros de las comisiones como la revisión de la documentación, debe ser realizada por vía remota electrónica. La suscripción de las actas de evaluación podrá ser efectuada por medio de firma electrónica simple, incluso escaneando la firma e incluyéndola en los documentos.

5) Suscripción electrónica de contratos. Las contrataciones menores a los U\$6.000 aprox. (100 UTM), podrán formalizarse electrónicamente por medio de la emisión de una Orden de Compra, sin necesidad de suscribir un contrato; mismo caso que las contrataciones menores a los U\$60.000 aprox. (1.000 UTM) referidas a bienes o servicios estandarizados, y que se haya previsto esta forma en las bases de licitación respectivas. En el caso de contratación superiores a los U\$60.000 aprox. (1.000 UTM) se deberá, necesariamente, suscribir un contrato, el que podrá ser firmado por el particular con firma electrónica simple, incluyendo la firma escaneada, mientras que la Autoridad deberá firmarlo por medio de firma electrónica avanzada.

6) Medidas de apoyo a proveedores: Se consideran recomendaciones en torno a eliminar la exigencia de garantías, a menos que sea en contratos superiores a los U\$120.000 aprox. (2.000 UTM) cuya exigencia es obligatoria, todo ello con especial consideración a los contratos de insumos médicos, donde se recomienda ponderar el real riesgo de incumplimiento a la hora de exigir garantías de cumplimiento, Del mismo modo, se recomienda a las entidades públicas pagar a sus proveedores en los más breves plazos posibles, y por medio de transferencia electrónica. Y, finalmente, considerar a la pandemia como una situación eximente de responsabilidad en los casos en que las razones esgrimidas por un eventual incumplimiento sean plausibles.

Sobre la imposibilidad de cumplimiento de obligaciones de los efectos de los contratos públicos, la Contraloría General de la República ha dispuesto, por medio de su Dictamen N° 3.610 de 17 de marzo de 2020, que en aplicación del art. 45 del Código Civil, como norma de aplicación común y supletoria al Derecho público, que regula la ocurrencia del caso fortuito, la pandemia COVID-19 constituye una situación de excepción que, en conformidad a la ley, *permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico*, todo para resguardar la salud de las personas y evitar la propagación del virus, lo anterior combinado con la continuidad de los servicios públicos críticos, siendo estos los que no puedan paralizarse sin que se ocasione un grave daño a la población.

II) Directiva N° 36: La tercera directiva es la que establece recomendaciones para la utilización de la contratación por medio del trato directo en casos de emergencia con motivo de la pandemia, la que ha sido publicada el 24 de abril de 2020.

El art. 7º, letra c) de la ley N° 19.886, fija que la contratación o trato directo es aquel procedimiento de contratación que, *por la naturaleza de la negociación que conlleva, debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento*. A su vez la letra c) del art. 8º de la referida ley, dispone que se podrá proceder a la contratación directa, es decir sin licitación pública: *En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente*.

En este orden de cosas, la Directiva N° 36 busca orientar la compra en casos de emergencia como la que se vive actualmente en Chile, para lo cual se ha propuesto un modelo tipo de referencias normativas, que contiene todo el bloque de legalidad aplicable a la pandemia, de modo de agilizar la tramitación administrativa

de las contrataciones directas, facilitando el rol de los funcionarios involucrados, sin dejar de resguardar el principio de legalidad ni tampoco el principio de fundamentación y motivación de los actos administrativos, ya que la sola referencia a las normas aplicables no es pretexto para no realizar la fundamentación y motivación de los hechos y el Derecho aplicable a cada caso concreto. Por ello, la motivación del acto debe bastarse a si misma, acreditando todos los hechos particulares que justifiquen la contratación por este procedimiento extraordinario, adjuntando a la resolución respectiva los documentos y antecedentes de la adquisición que correspondan.

Del mismo modo, se recomienda no descuidar la verificación de la habilidad jurídica para contratar con que debe contar el particular, quien no puede encontrarse inhabilitado, todo ello en conformidad al Registro de Proveedores de la Administración del Estado.

Por otra parte, la Directiva recomienda la utilización de los formatos tipos de resolución, cuidando evitar la fragmentación de compras, debiendo publicar todas estas operaciones en el portal de información electrónico del Estado, a fin de cautelar el principio de transparencia y publicidad de los actos de la Administración.

### **Consideraciones finales**

El rol orientador de la Dirección de Contratación y Compras Públicas del Estado de Chile en el contexto de la pandemia está resultando de gran relevancia, ya que permite a los organismos públicos poder contar con un marco de referencia con sustento técnico para concentrar sus esfuerzos en el suministro de bienes y la contratación de servicios urgentes. Todo ello sin descuidar la sumisión que en todo evento deben tener los órganos de la Administración del Estado a los principios de juridicidad, igualdad de trato, transparencia, probidad, celeridad, motivación de sus decisiones, publicidad de sus actos, y especialmente el de integridad, a efectos de resguardar los recursos públicos, siempre escasos, para alcanzar a satisfacer efectivamente las necesidades públicas, tan críticas en estos momentos.

# LA CRISIS SANITARIA COVID-19. REFLEXIONES SOBRE SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DE EFICACIA VERSUS INTEGRIDAD EN ESPAÑA

José María GIMENO FELIU<sup>1</sup>

La extensión del virus denominado COVID 19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia global ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria” que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes y sobre la necesidad de aprovisionamientos sanitarios urgentes.

En España, considerada la pandemia como fuerza mayor, se ha ido adoptando un “paquete jurídico” de medidas excepcionales ante una situación excepcional, que pretende, desde el Derecho, alinear un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID-19. La repercusión jurídica en la contratación pública y en los contratos públicos como consecuencia de la emergencia sanitaria se ha reflejado en ciertos aspectos. Me detendré en la forma de aprovisionamiento como consecuencia de la emergencia<sup>2</sup>.

La situación de pandemia ha exigido una respuesta rápida contractual lo que ha aconsejado a reducir la carga burocrática de los procedimientos de compra pública<sup>3</sup>. 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, relativo a la contratación pública que los contratos que hayan de celebrarse por la

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. (gimenof@unizar.es).

<sup>2</sup> El Diario Oficial del Unión Europea de 1 de abril de 2020 ha publicado la Comunicación *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*. Constituye una breve Guía a través de la cual se pretende ofrecer “soluciones rápidas e inteligentes” para la adquisición de los bienes, servicios y obras necesarios para hacer frente a la crisis del COVID-19.

<sup>3</sup> Aunque habrá que analizar también las causas de la insuficiencia de respuesta rápida. Parece obvio que no se planificó/anticipo de forma adecuada. Pero también que no se han implantado mecanismos ágiles de contratación pública, como los catálogos electrónicos o de centrales de compras sanitarias profesionalizadas.

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 regulada en el artículo 120 Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP). La contratación de emergencia podrá ser verbal (artículo 37.1 LCSP) y no necesitará de formalización.

Interesa destacar el ámbito objetivo, que aunque amplio, no permite la aplicación de este preceptos a cualquier licitación pública. Por ello el expediente deberá acreditar la existencia de este presupuesto habilitante<sup>4</sup>. Esta previsión, lógicamente, no debe impedir la tramitación ordinaria de otras necesidades siempre que sea posible, y habría que facilitar una interpretación que permita una gestión administrativa ordinaria aun en este escenario de crisis. Máxime si se utilizan e impulsan medios telemáticos.

Por otra parte, en estos casos de emergencia, 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 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. 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.

La finalidad lógica de esta previsión es decantar la rapidez de respuesta jurídica frente a la aplicación de los principios de contratación pública, cuestión

---

<sup>4</sup> El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1987, señaló que “no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimane la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino 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”. Por ello, el Tribunal de Cuentas, indica en el Informe núm. 1.178, que “En uno de los dos expedientes tramitados por el procedimiento de emergencia que han sido fiscalizados no se motivó adecuadamente la necesidad de acudir a este procedimiento al conocer la entidad la necesidad de realizar actuaciones desde meses antes de la adjudicación de ese contrato”. También señala que “En los dos expedientes examinados se produjeron demoras en su tramitación, lo que resulta incongruente con la emergencia invocada en ambos casos”.

admitida por el Derecho europeo de la contratación pública. En cualquier caso, la utilización de la tramitación de emergencia como respuesta a la rápida respuesta a las necesidades derivadas de la pandemia no supone, en modo alguno, una exoneración del resto de reglas de la contratación pública, que, hay que advertir, continúan vigentes. Y muy especialmente de las relativas a la transparencia. Así, son de directa aplicación la publicidad de los acuerdos de adjudicación y formalización de contratos (ex. art. 154 LCSP y art. 50 Directiva 2014/24 de contratación pública)<sup>5</sup>. Y, por supuesto, continúan siendo de obligado cumplimiento las exigencias de rendición de cuentas derivadas del artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno<sup>6</sup>. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública.

La crisis sanitaria permite eludir el principio de tensión competitiva de los mercados<sup>7</sup>, relajar reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento de empleo, fomentar la compra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega. Pero no permite relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni justifica la opción de habilitar espacios de impunidad. Es más, en el contexto social

---

<sup>5</sup> Y, por supuesto, no se encuentran excepcionadas en modo alguno las reglas de prohibición de contratar y conflictos de interés que exige la LCSP y el derecho europeo.

<sup>6</sup> En este sentido se ha posicionado Transparencia Internacional España (junto con los capítulos de Italia y Francia), que pone de manifiesto la importancia de defender la transparencia y el libre acceso a la información durante los estados de alarma originados por la pandemia del Covid-19.

La propuesta, titulada “Contra la crisis de salud, más transparencia y democracia”, reitera la necesidad de evitar que se pasen por alto principios necesarios como la rendición de cuentas, la transparencia y la ética, que podrían pasarse por alto en el afán de brindar “respuestas rápidas”. El comunicado alerta también sobre los riesgos de los estados de alarma, decretados para fortalecer el poder de los ejecutivos nacionales frente a una crisis sanitaria de esta envergadura. Aclara que estos deben estar estrictamente limitados en tiempo y ser proporcionales a la meta deseada.

<sup>7</sup> En todo caso la Comisión Nacional de Mercados y Competencia está “vigilando” el escenario, para evitar perturbaciones innecesarias: destacar el lanzamiento del buzón (covid.competencia@cnmc.es) para centralizar todas las denuncias y consultas relacionadas con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid-19.

actual se exige más explicación y más rendición de cuentas de las decisiones de contratación adoptadas (y con quienes y sus importes) pues la ciudadanía, desde la “trinchera de su confinamiento” tiene el derecho a conocer como contraprestación a un “esfuerzo solidario colectivo” sin precedentes. Y esto no es burocracia innecesaria. Esto es democracia, pues el virus COVID-19 no puede traspasar su ámbito natural sanitario para afectar a las fronteras de lo público para favorecer espacios de opacidad. La transparencia es un escudo que, por tanto, debe ser reforzado, lo que exige “afinar” su contenido para no convertirse en una mera obligación formal. Por ello, la crisis sanitaria debe ser el impulso necesario a la utilización de Inteligencia artificial y *big data* al servicio de una mejor gestión pública y de mejor rendición de cuentas.

A modo conclusivo. La crisis del COVID-19 ha exigido no solo respuesta sanitaria, sino también jurídica y económica. Lo que ha repercutido sobre la contratación pública, exigiendo medidas singulares que deben acompañar al estado de alarma y que resultan, en estos momentos, necesarias y proporcionadas. Su aplicación práctica servirá de test para determinar el acierto de las mismas y, en especial, para dar cobertura y seguridad jurídica a una situación excepcional difícilmente previsible. Y, también, para impulsar un cambio en la cultura organizativa pública.

Asimismo, en el escenario actual, excepcional, conviene una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretenden activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o acompañar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social.



La crisis sanitaria obliga a “flexibilizar” la contratación pública en aras a la mejor atención a los ciudadanos (aunque habría que reflexionar si se cumplieron los estándares adecuados de anticipación de aprovisionamiento) pero no, nunca, a sacrificar las exigencias de transparencia y de rendición de cuentas. Vuelvo a recordar que sin transparencia, no como exigencia legal, sino como convicción de ser la principal seña identitaria de una administración pública moderna, no hay buena administración y, en consecuencia, no hay regeneración democrática. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual (la compra pública electrónica -que debería ser una realidad- en un modelo de interoperabilidad y cooperación público privada que aproveche inercias y experiencias, es una exigencia de actuación o abordaje inmediato).

Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos. Por ello, debemos aprovechar la pandemia COVID-19 como una oportunidad para avanzar en una efectiva cultura de la transparencia propia de una sociedad democrática.

Por último, la experiencia de esta crisis en el modelo de compra públicas, en especial en el ámbito sanitario, obliga a repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importante las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*)<sup>8</sup>, que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización

---

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M.A. BERNAL BLAY. Puede consultarse su opinión “Blockchain, Administración y contratación pública” en [www.obcp.es](http://www.obcp.es). Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de J. Valero, “Inteligencia Artificial y contratación del sector público”, en [www.obcp.es](http://www.obcp.es).

empresarial<sup>9</sup>. Un ejemplo evidente es el de adquisición de medicamentos. Pero también de servicios sanitarios innovadores, que aconsejan nuevas fórmulas de colaboración pública-privada propia de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional). Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias aconseja abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo.

---

<sup>9</sup> Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE —Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final—*. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

# **EL ESTADO DE EMERGENCIA EN COLOMBIA DERIVADO DEL COVID-19 Y LAS REGULACIONES NORMATIVAS EN CONTRATOS PÚBLICOS PARA ATENDER LA CRISIS SANITARIA**

Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA<sup>1</sup>

La pandemia del COVID-19 ha generado una situación de excepcionalidad en aspectos, sanitarios, económicos, sociales, jurídicos, entre otros, la cual debe ser afrontada por los Estados utilizando los medios que tienen a su alcance para buscar conjurar la crisis.

Por tal razón, en lo que hace referencia a Colombia, el Gobierno Nacional adoptó el estado de emergencia con fundamento en el artículo 215 constitucional que permite al Presidente de la República con la firma de todos los ministros declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar de forma grave el orden económico, ecológico y social, o que constituyan calamidad pública.

En igual sentido, la Ley 137 de 1994, que hace referencia a los estados de excepción y desarrolla el artículo 215 constitucional, otorga la facultad al Presidente de la República, para que con la firma de todos los ministros decrete el estado de emergencia, con el fin de hacer frente a la excepcionalidad derivada de casos como el coronavirus.

Estado de emergencia que le concede al Presidente de la República poderes exorbitantes, facultándolo para dictar decretos con fuerza de ley, encaminados a solucionar el estado de excepcionalidad que se presenta

Es decir, que en el sistema jurídico colombiano existe un sustento constitucional y legal para otorgar poderes excepcionales al Presidente de la República con el fin de adoptar todas las medidas que se necesiten para atender adecuadamente una situación tan atípica como la que ocurre actualmente, a través del otorgamiento de competencias legislativas.

---

<sup>1</sup> Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia.

Por tal razón, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, titulado: “Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”, acto que tiene la naturaleza jurídica de decreto legislativo con fuerza normativa similar a la de la ley como acto expedido por el Congreso y además, un control de constitucionalidad en los términos previstos en el artículo 241 numeral 7 de la Carta Superior de Colombia; es decir, similar al de las leyes expedidas en sentido formal.

Con fundamento en dicha declaratoria de emergencia, se han expedido un sinnúmero de decretos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, entre ellos algunos referidos a contratos, que específicamente corresponden a los Decretos 440 de 20 de marzo de 2020 y 537 de 12 de abril de 2020; los cuales en su contenido son sustancialmente idénticos.

En efecto, las regulaciones contenidas en uno y otro se refieren a los siguientes temas que se han considerado como los más relevantes:

1) *Audiencias públicas*. Con el fin de garantizar el distanciamiento social, el artículo 1 de los decretos mencionados, establece que durante la emergencia sanitaria los procedimientos de selección de contratistas se podrán desarrollar por medios electrónicos; regulación que se adopta teniendo en cuenta que los procedimientos de escogencia de los contratistas de la Administración son principalmente escritos y presenciales. Sin embargo, dicha regulación no constituye ninguna novedad, porque en el Derecho Colombiano, el Código de Procedimiento Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, ya establecía que los procedimientos administrativos se pueden desarrollar por dichos medios electrónicos, cuando en la Parte Primera, Capítulo IV, artículos 53 y siguientes contempla la aplicación de los medios electrónicos a los procedimientos administrativos, siendo la contratación pública un procedimiento de tal naturaleza.

De la misma manera, los medios electrónicos en la contratación pública estaban previstos en lo regulado por la Ley 1150 de 2007 artículo 3 que modificó la Ley de Contratos públicos de Colombia, y en el artículo 44 del Decreto 1510 de 2013, Reglamentario de la Ley de Contratos del Estado, compilado por el decreto 1082 de 2015. En tal medida no se necesitaba tal regulación.

2) *Procedimientos sancionatorios*. El artículo 2 de los decretos legislativos, adicionó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 denominada Estatuto Anticorrupción, en el sentido de establecer que los procedimientos sancionatorios en contratación pública se pueden desarrollar por medios electrónicos; regulación que en estricto sentido es idéntica a la anterior, en la medida que el mencionado artículo 86 consagra el trámite administrativo para aplicar sanciones en los procedimientos de contratos públicos, constituyendo por tal razón actuación administrativa a la cual se le aplica el Código de Procedimiento Administrativo, que ya contemplaba la posibilidad que hoy se regula, por tal razón no era necesaria la norma.

3) *Suspensión de procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura*. Teniendo en cuenta el estado de emergencia y ante la imposibilidad de continuar con los procedimientos de escogencia de los contratistas, se consagró en el artículo 3 la facultad de las entidades públicas de suspender los procedimientos en curso; de la misma manera, la revocatoria del acto de apertura del proceso de selección, con el fin de dar posibilidad de destinar los recursos a proyectos dirigidos a atender la crisis; siempre y cuando no se hayan presentado ofertas, porque de haber ocurrido tal situación, el procedimiento de contratación debe continuar.

En este caso, antes de la regulación contenida en el artículo mencionado, era posible tanto la suspensión del procedimiento de selección como la revocatoria del acto de apertura, teniendo en cuenta la necesidad de servicio público, además de lo previsto en los artículos 93 y ss de la Ley 1437 de 2011 y el concepto de la Sala de Consulta del Concejo de Estado, que permite la revocatoria del mencionado acto de apertura, con la salvedad del caso que se hayan presentado ofertas; aunque en mi concepto no se ha debido establecer dicha limitante de forma genérica, porque en eventos en los cuales por alguna circunstancia no sea posible ejecutar un contrato, no se debería impedir la revocatoria del acto de apertura del proceso de escogencia del contratista.

4) *Acuerdos marco y la adquisición en grandes superficies*. Teniendo en cuenta la necesidad de agilizar los procedimientos de contratación, se reguló en los artículos 4, 5 y 6 la posibilidad de contratación a través de las compras por catálogo

derivadas de un acuerdo marco de precios en el sentido de contratación directa; además de las compras en grandes superficies, sin que ello constituya una gran novedad en el sistema colombiano por que ya estaban reguladas; pero además se asignó a la Agencia de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” la función de configurar los catálogos de emergencia, lo cual puede resultar dispendioso y no hacer tan ágil el proceso.

5) *Contratación de urgencia.* En el sistema jurídico colombiano la Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de Contratación Pública consagra en los artículos 42 y 43 la urgencia manifiesta como una forma de contratación directa en los eventos de estados de excepción y de emergencia sanitaria como la del Covid19; sin embargo, en el artículo 7 de los decretos legislativos a que nos hemos venido refiriendo, se contempló la posibilidad de contratación de urgencia para la adquisición de bienes y servicios en caminados a solucionar la crisis, estableciendo que con la declaratoria del Estado de Emergencia se entiende comprobado el hecho que fundamenta la urgencia manifiesta para los contratos encaminados a atender la excepcionalidad. Se aclara, solo para los contratos relacionados con la pandemia sanitaria que se presenta.

6) *Adición de los contratos públicos.* El artículo 40 de la Ley de Contratos Públicos de Colombia establece, que los contratos que celebra una entidad del Estado sometida a la regulación de dicha norma, no se pueden adicionar en más del 50% del valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero lo que ahora contempla el artículo 8 de los decretos legislativos mencionados hace referencia a que en los contratos relacionados con la prestaciones de servicios, bienes y obras relacionadas con la atención de la crisis sanitaria, se podrán adicionar sin tener en cuenta la limitación del valor; estableciendo de todas maneras la necesidad de la adición o modificación.

Sin embargo, la posibilidad de adicionar o modificar los contratos por más del 50% del valor inicial ya estaba prevista en la consagración del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, que establece la modificación unilateral, la cual se podrá hacer por la entidad pública después de haberlo intentado de acuerdo con el contratista, en circunstancias de necesidad del servicio público como las actuales, en una

proporción superior al límite previsto por el artículo 40 de la misma norma a que se hizo referencia anteriormente.

Hay otra excepción al límite mencionado es en los casos de contratos de interventoría en que al modificarse el contrato principal, la adición de la interventoría puede superar el 50% del valor inicial.

Por tal razón, la regulación de emergencia no era necesaria.

### **Conclusión**

El Estado Colombiano con una muy buena intención ha dictado decretos con fuerza de ley para conjurar la crisis derivada del Covid-19, otorgando prerrogativas a las entidades públicas; sin embargo, en asuntos de contratos ya estaban previstas en las normas que regulan la contratación administrativa y que, así no se hubieran dictado los decretos legislativos, se habrían podido utilizar

## LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA EMERGENCIA DE LA COVID-19

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA<sup>1</sup>

Las secretarías y los institutos de salud en México, tanto los federales como los locales, se han visto en la necesidad de hacer compras de bienes, contratar los servicios de personal de salud, así como realizar obra pública con motivo de la emergencia de la COVID-19.

Igual que en muchos países del mundo las autoridades sanitarias mexicanas han tenido la necesidad de comprar los insumos necesarios para hacer frente a la pandemia. La Organización Mundial de la Salud, en sus diferentes recomendaciones les orientó a los países del mundo que compraran mascarillas médicas, jabón, desinfectante, termómetros, equipo de protección personal, sillas, camas, gel hidroalcohólico, pañuelos de papel, cubos de basura revestidos, caretas protectoras, gafas, batas, guantes, que habilitaran centros de cuarentena, entre muchos otros.

Pero el virus encontró a México totalmente desprotegido ya que los hospitales no contaban con los insumos necesarios, el suficiente personal médico y la infraestructura adecuada y suficiente. Durante la última década, los órganos fiscalizadores de los recursos económicos, entre ellos la Auditoría Superior de la Federación, encontraron innumerables anomalías en las compras de materiales, de contratación de personal y de realización de obras públicas en materia de salud.

Con lo cual, los gobiernos federal y estatales han tenido que realizar compras, contrataciones y obras, con mucha premura, y han expedido decretos y acuerdos con fundamento en la emergencia sanitaria, en los cuales han establecido las reglas para realizar las contrataciones públicas para afrontar la pandemia.

Pero cabe señalar, que la Constitución mexicana establece en el artículo 134, las bases y principios para que las autoridades competentes realicen compras públicas, y dispone como regla general que el procedimiento debe ser el de licitación pública, el cual, debe de realizarse “mediante convocatoria pública para que

---

<sup>1</sup> Investigador de Tiempo Completo Definitivo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.

A su vez, tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que son reglamentarias del artículo 134 constitucional, señalan en los artículos 40 y 41, y 41 y 42, respectivamente, que la administración pública podrá optar por no llevar a cabo el procedimiento de licitación pública y utilizar, excepcionalmente, los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando “Peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, *la salubridad*, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de *caso fortuito o de fuerza mayor*”; o “Derivado de *caso fortuito o fuerza mayor*, no sea posible obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate, en este supuesto las cantidades o conceptos deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarla”.

Es importante recordar que en 2009, año en el cual también se decretó otro estado de emergencia por la aparición del virus de la influenza H1N1, el gobierno federal publicó un “DECRETO por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica”.

En el artículo 2, se señaló que la Secretaría de Salud, implementaría de manera inmediata en todo el territorio nacional diferentes acciones ejecutivas. Y en las fracciones VI y VII, se dispuso que podía realizar:

La adquisición a nivel nacional o internacional, de equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos, así como todo tipo de mercancías, objetos, bienes y servicios que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de agotar el procedimiento de licitación pública, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontarla;

Importar y autorizar la importación de los bienes y servicios citados en el inciso anterior, sin necesidad de agotar trámite administrativo alguno, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontar la contingencia objeto de este decreto.

Como un dato importante, cabe destacar que ese decreto, en sus fundamentos, señala los artículos relativos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como los respectivos de la Ley General de Salud.

Esto le permitió acceder al gobierno federal a un crédito ante el Banco Mundial por la cantidad de 1,700,000.00 dólares.<sup>2</sup>

En esta ocasión, el presidente de la República ha dicho que no acudirá a los organismos internacionales a solicitar créditos para hacer frente a la emergencia. Pero tampoco ha activado el mecanismo de la “Declaratoria de emergencia” contemplado en la Ley General de Protección Civil, lo cual le permitiría utilizar los recursos económicos del FONDEN.

Llama la atención, que ahora el presidente de la República en su decreto publicado el 27 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*, utilice incluso la misma redacción para realizar las compras públicas derivadas de la emergencia por la COVID-19, pero sin invocar en los fundamentos la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Según las notas periodísticas de las últimas semanas, el gobierno federal contrató para adquirir ventiladores, monitores, camas, caretas protectoras, mascarillas KN95, guantes de exploración, entre muchos otros insumos necesarios; pero también importó estos insumos directamente de China, país con el cual tendió un puente aéreo, y que a la fecha ya han viajado 9 aviones.

Además, contrató médicos, enfermeras, enfermeras generales, enfermeras especialistas, médicos generales, médicos especialistas, laboratoristas, técnicos de rayos X, puestos administrativos y afanadores, todos con el carácter de eventuales o por honorarios, por el tiempo que dure la emergencia.

---

<sup>2</sup> Se puede consultar en: <https://projects.bancomundial.org/es/projects-operations/project-detail/P118072#finances>.

También tuvo que desarrollar obra pública, ya que se ha tenido que construir nueva infraestructura, pero también ha tenido que concluir infraestructura que se quedó a medias el sexenio pasado. Tarea que se ha encomendado, en algunos casos, a la Secretaría de la Defensa Nacional.

Los gobiernos de los Estados de la República, también han tenido que realizar contratación con base en sus legislaciones de contratación pública, pero también han acudido a la expedición de decretos y acuerdos de emergencia.

Es decir, en la emergencia actual, el presidente de la República ha optado por una regulación mucha más amplia, ya que ha publicado un decreto por medio del cual, reglamenta las contrataciones públicas. Es un decreto que el presidente expidió, con fundamento en la Ley General de Salud, en el cual dispone que:

...la Secretaría de Salud podrá implementar de manera inmediata, además de lo previsto en el artículo 184 de la Ley General de Salud, las acciones extraordinarias siguientes:

I. Utilizar como elementos auxiliares todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado existentes en las regiones afectadas y en las colindantes;

II. Adquirir todo tipo de bienes y servicios, a nivel nacional o internacional, entre los que se encuentran, equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos, así como todo tipo de mercancías y objetos que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de llevar a cabo el procedimiento de licitación pública, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontarla;

III. Importar y autorizar la importación, así como la adquisición en el territorio nacional de los bienes y servicios citados en la fracción anterior, sin necesidad de agotar trámite administrativo alguno, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontar la contingencia objeto de este Decreto.

Con estas disposiciones se crea un marco regulatorio para las contrataciones públicas paralelo a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Pero no solo eso, el 6 de abril de 2020, el Secretario de Salud, expidió un Acuerdo<sup>3</sup> que reglamenta el Decreto del Presidente de la República en materia de adquisición e importación de bienes.

En este Acuerdo, el Secretario de Salud, faculta a las Secretarías de Salud; de la Defensa Nacional, y de Marina; así como al Instituto de Salud para el Bienestar; al Instituto Mexicano del Seguro Social, y al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, para que, “en sus respectivos ámbitos de competencia y con sujeción a sus recursos disponibles, puedan adquirir y, en su caso, importar los bienes y servicios, así como las mercancías” que se mencionaron líneas arriba.

Como señalamos antes, todo mediante adjudicación directa, que es un procedimiento muy simplificado, pero además, se señala que “las unidades facultadas simplificarán los trámites del procedimiento de adjudicación directa previsto en las disposiciones jurídicas aplicables”, esto quiere decir, que se han obviado trámites y requisitos, a pesar de que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, señala la tramitación del procedimiento de adjudicación directa.

Como era de esperarse, este marco paralelo y simplificado ha dado lugar a que se abuse del estado de emergencia y ya han aparecido los primeros casos en los cuales se han comprado a empresas particulares, insumos a sobreprecio.

Por ejemplo, trascendió en los medios de difusión que un empresario recibió un contrato por 94.9 millones pesos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), sin licitación, amparado en las reglas de compras por la emergencia a consecuencia del coronavirus. El contrato es para proveer equipo de “ultrasonido torácico (portátiles de mesa) para tórax y pulmón”. Según se señala en las notas, con información tomada de la plataforma Comptanet, el gobierno le compró a sobreprecio.

---

<sup>3</sup> Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias que se deberán de realizar para la adquisición e importación de los bienes y servicios a que se refieren las fracciones II y III del artículo Segundo del Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado el 27 de marzo de 2020.

Lo anterior, a pesar de que el artículo sexto del Acuerdo, señala que la “Secretaría de la Función Pública en apoyo a las unidades facultadas, realizará el acompañamiento preventivo de los procedimientos de adquisición de los bienes y servicios, así como de las mercancías y objetos a que se refiere el presente Acuerdo, con el propósito de responder a la emergencia por la enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)”.

Esta disposición, por cierto, no era necesaria en el Acuerdo, ya que como se sabe, la Secretaría de la Función Pública, tiene entre sus facultades, señaladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las relativas a “Designar y remover a los titulares de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de las unidades administrativas equivalentes en las empresas productivas del Estado [...]”, así como “Fiscalizar directamente o a través de los órganos internos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, a rrendamiento financiero, servicios y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal”.

El artículo sexto del Acuerdo, también resultaba innecesario, ya que dentro de las nuevas atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, están las de “Planear, establecer y conducir la política general en materia de contrataciones públicas reguladas por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, propiciando las mejores condiciones de contratación conforme a los principios” señalados en el artículo 134 constitucional.

Como conclusión, podemos decir, que no era necesaria la expedición de los decretos referidos en esta opinión, ya que el marco constitucional y legal si establece mecanismos jurídicos para hacer contrataciones públicas en situaciones de emergencia sanitaria, tanto la Ley General de Salud como las propias Leyes de

Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Lo anterior, demuestra que el marco legislativo y reglamentario en materia de contrataciones públicas es deficiente, y que es necesaria la expedición de una norma que sea acorde con las nuevas tendencias en materia de contrataciones públicas, es necesaria la expedición de un Código Nacional de Contrataciones Públicas.

# ESTADO DE DERECHO, ACCIÓN EXTRAORDINARIA EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL Y COMPRAS GUBERNAMENTALES

Daniel MÁRQUEZ<sup>1</sup>

## El Estado de Derecho y la crisis sanitaria relacionada con el SARS-Cov-2

En un artículo de 2006, Martin Kettle argumentaba que: *Los políticos de habla inglesa ensalzan regularmente el estado de derecho. Pero, ¿qué significa realmente el estado de derecho? Si no podemos decir qué significa la frase, entonces no sirve de mucho como principio rector.*<sup>2</sup> La pregunta también es pertinente para países de habla hispana como México.

¿Cuál es el significado del Estado de Derecho en el momento actual? El 16 de noviembre de 2006, Lord Bingham of Cornhill, impartió una conferencia denominada: *The rule of law*, en su interpretación: *El núcleo del principio* (del Estado de Derecho) *existente es, sugiero, que todas las personas y autoridades dentro del estado, ya sean públicas o privadas, deben estar obligadas y con derecho al beneficio de las leyes promulgadas y administradas pública y prospectivamente en los tribunales.*<sup>3</sup> Además, ese principio, para Bingham, tiene 8 sub-principios, pero, “el núcleo del principio del estado de derecho”<sup>4</sup> es: *Los ministros y funcionarios públicos en todos los niveles deben ejercer los poderes que se les confieren*

---

<sup>1</sup> Investigador de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Capítulo México de la Organización Europea de Derecho Público y de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Es coautor del libro *La Diasporología como una teoría del fenómeno de la corrupción en México*.

<sup>2</sup> Kettle, Martin, Opinion Law. We need leaders who better understand the rule of law, in The Guardian, November 25, 2006: “English-speaking politicians regularly extol the rule of law. But What does the rule of law actually mean? If we cannot say what the phrase means then it is not much use as a governing principle”, visible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2006/nov/25/comment.law>, consultado el 13 de mayo de 2020.

<sup>3</sup> The Sixth Sir David Williams Lecture. The lecture, entitled "The Rule of Law" was given by The Rt. Hon Lord Bingham of Cornhill KG, House of Lords, on Thursday 16th November 2006 the Centre for Public Law, pp. 1-35, in: <https://www.cpl.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.cpl.law.cam.ac.uk/legacy/Media/THE%20RULE%20OF%20LAW%202006.pdf>, consultado el 15 de mayo de 2020. Para Lord Bingham: *The core of the existing principle is, I suggest, that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly and prospectively promulgated and publicly administered in the courts.* Los paréntesis son míos.

<sup>4</sup> En el discurso dice: “the core of the rule of law principle”.

*razonablemente, de buena fe, para el propósito para el cual se otorgaron los poderes y sin exceder los límites de dichos poderes.*<sup>5</sup>

La Suprema Corte de Estados Unidos ha establecido que: El estado de derecho es un principio bajo el cual todas las personas, instituciones y entidades son responsables ante las leyes que son: 1) Promulgadas públicamente, 2) Igualmente ejecutadas, 3) Juzgadas independientemente y 4) consistentes con los principios internacionales de derechos humanos.<sup>6</sup>

Lo anterior es consistente con nuestros derechos humanos y los principios de legalidad, en sus vertientes de fundamentación y motivación, seguridad jurídica, literalidad de la ley, debido proceso legal y no retroactividad de la ley y de justicia.

En ese contexto, el primer reporte de la enfermedad llamada COVID-19, se realizó el 1° de diciembre de 2019;<sup>7</sup> el 31 de diciembre de 2019, la Oficina de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en China, informó de casos detectados de neumonía cuya etiología se desconocía, en la Ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China; el 7 de enero de 2020 se habló de la epidemia de coronavirus.<sup>8</sup>; y el 22 de enero la OMS discutió declarar o no la emergencia de salud pública de interés internacional.<sup>9</sup> Al día siguiente, el 23 de enero la OMS declaró: “el brote es un riesgo muy alto en China y un alto riesgo a nivel regional y mundial”.<sup>10</sup> El 30 de

---

<sup>5</sup> The Sixth Sir David Williams Lecture. The lecture, entitled "The Rule of Law", opus cit., entre: *The sub-rules of this principles, in Lord Bingham's analysis, is: (...) 6) Ministers and public officers at all levels must exercise the powers conferred on them reasonably, in good faith, for the purpose for which the powers were conferred and without exceeding the limits of such powers.*

<sup>6</sup> United States Courts, Overview-Rule of Law, <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/overview-rule-law>, consultado el 15 de mayo de 2020. *Rule of law is a principle under which all persons, institutions, and entities are accountable to laws that are: 1) Publicly promulgated, 2) Equally enforced, 3) Independently adjudicated, and 4) And consistent with international human rights principles.*

<sup>7</sup> Saur Luren M., What Is Coronavirus?, How did this new coronavirus spread to humans?, in: <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/coronavirus> consultado el 15 de mayo de 2020.

<sup>8</sup> World Health Organization, South-East Asia, 2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV) Strategic Preparedness and Response Plan for the South-East Asia Region, p. 5, in: [https://www.who.int/docs/default-source/searo/whe/coronavirus19/covid-19-sprp-whe-searo-feb-2020.pdf?sfvrsn=9ee49760\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/searo/whe/coronavirus19/covid-19-sprp-whe-searo-feb-2020.pdf?sfvrsn=9ee49760_2), consultado el 15 de mayo de 2020.

<sup>9</sup> WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus, in: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus>, consultado el 15 de mayo de 2020.

<sup>10</sup> WHO Director-General's statement on the advice of the IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus, in: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-the-advice-of-the-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus>, consultado el 15 de mayo de 2020.



enero, el director general de la OMS declaró al 2019-nCoV como una emergencia de salud pública de preocupación internacional.<sup>11</sup>

Aquí es necesario destacar que existen dos formas de hablar del “coronavirus”, la primera, como un virus de la familia de los coronavirus, llamado SARS-CoV 2, y, la segunda, como la enfermedad provocada por ese virus, llamada Covid-19. En el análisis de Michael M. C. Lai, Stanley Perlman, and Larry J. Anderson afirman que el primer aislamiento del *coronaviridae* fue en el virus de la bronquitis infecciosa en 1930 y en el virus de la hepatitis del ratón y el virus de la gastroenteritis transmisible en cerdos en 1940.<sup>12</sup>

Con la crisis relacionada con el coronavirus, la pregunta de Martin Kettle se aplica a todos los países, tanto del sistema legal del *common law* como del *civil law*. Es en la emergencia en donde se advierte la vocación de las naciones por el Estado de Derecho. La crisis del coronavirus puso a prueba a los sistemas legales de muchos países del mundo, pocos o ninguno, pasaron la prueba.<sup>13</sup>

### **Los principios constitucionales y legales aplicables en compras gubernamentales relacionadas con emergencias sanitarias**

En México la base constitucional para el tratamiento de las emergencias sanitarias lo encontramos dentro de las facultades del Congreso de la Unión, en el artículo 73, fracción XVI, bases 2ª y 3ª, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en donde se destaca la competencia extraordinaria en materia de salubridad general de la República, otorgada a la Secretaría de Salud, en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades

---

<sup>11</sup> WHO Director General's remarks Launch of Appeal: Global Humanitarian Response Plan - 25 March 2020, in: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-launch-of-appeal-global-humanitarian-response-plan---25-march-2020>

<sup>12</sup> Lai, Michael M. C., Perlman, Stanley, and Anderson, Larry J., “Coronaviridae”, in: Knipe, David M., Howley, Peter M. (eds.), *Fields Virology*, Fifth Edition, Vol. One., USA, Lippincott Williams and Wilkins a Wolters Kluwer Business, 2007, p. 1305. Allí se afirma: *the first coronavirus isolations were infectious bronchitis virus in 1930s and mouse hepatitis virus and transmissible gastroenteritis virus in pigs in the 1940s.*

<sup>13</sup> Véase: Aguirre, Mariano, Coronavirus: por qué la pandemia de covid-19 podría fortalecer los autoritarismos y debilitar las democracias, en BBC Mundo, 8 de abril de 2020, en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52184947>, consultado el 15 de mayo de 2020. El recuento del autor es: recorte de libertades democráticas, dar renovados papeles a los militares, cerrar las fronteras a la migración y exaltar el nacionalismo.

exóticas en el país, para que: 1) dicte “inmediatamente” medidas preventivas indispensables; 2) eventualmente las sancione el Presidente de la República; 3) carácter ejecutivo de la autoridad sanitaria, y 4) la obligación a cargo de las autoridades administrativas del país de obedecer esas disposiciones. La idea es que pueda contar con los medios para enfrentar epidemias

Para la interpretación de esa facultad hay que destacar que el artículo 49 de la CPEUM, prohíbe la reunión de dos o más de los poderes en una sola persona o corporación, excepto el caso de los artículos 29 (invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto) y 131 (tarifas de exportación e importación y comercio exterior). Como se advierte, la emergencia sanitaria no cancela los derechos humanos ni al Estado de Derecho.

Para enfrentar la emergencia sanitaria en la Ley General de Salud<sup>14</sup>, en el Título Decimo “Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General”, Capítulo Único, artículos del 181 al 184, que reproduce el contenido del artículo 73, fracción XVI, base 2ª, de la CPEUM y otorga facultades a esa Secretaría de Salud para: la protección de la salud; se permite al Ejecutivo federal emitir decretos para declarar las regiones afectadas y para la terminar la emergencia; se permite crear brigadas especiales que actuarán bajo la dirección y responsabilidad de la Secretaría de Salud; y le autoriza a emitir las medidas siguientes: i) asignar tareas a las autoridades, a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, y a los particulares; ii) dictar medidas sanitarias relacionadas con reuniones, entrada y salida en las poblaciones y con los regímenes higiénicos especiales; iii) regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo, y disponer libremente de todos los medios de transporte del estado y de servicio público; iv) utilizar libre y prioritariamente los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión, y v) las demás que determine la Secretaría de Salud.

Como se advierte, en este caso se aplican los principios de eficiencia (capacidad para realizar o cumplir adecuadamente una función) y eficacia

---

<sup>14</sup> Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, reformas publicadas al 24 de enero de 2020.

(Capacidad para producir el efecto deseado o de ir bien para determinada cosa) derivados del artículo 109 de la CPEUM; los de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, el de licitación pública, los de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, y, en caso, de que las licitaciones no sean idóneas, se aplican los procedimientos, reglas y requisitos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado, del artículo 134 de la CPEUM.

En este sentido, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) contiene los tres procedimientos para adquirir bienes o servicios: el general (licitación) y los especiales (invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa), [art. 26, frs. I, II y III]; va a destacar los supuestos para no realizar licitación pública, entre estos, cuando: *peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor* (arts. 40 y 41).

Como se advierte, en el Estado de Derecho Mexicano existe un marco constitucional y legal para enfrentar la emergencia sanitaria que las autoridades deben respetar.

### **Rendición de cuentas, fiscalización y responsabilidad en el caso de compras gubernamentales en la emergencia sanitaria**

Se ha debatido si el caso fortuito o la fuerza mayor eximen de la responsabilidad a servidores públicos en caso de emergencia, como la provocada por el Covid-19. En el caso de nuestro país, el artículo 2111 del Código Civil Federal destaca que nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone.

Así, en el caso de los servidores públicos la responsabilidad les deriva no solo de la ley, sino de la norma fundamental misma. Los servidores públicos juran guardar la constitución y las leyes que de ella emanen (artículos 87, 97 y 128 de la CPEUM). En este sentido la responsabilidad se les imponen por mandato constitucional.

Así, como ya destacamos la emergencia sanitaria o acción extraordinaria en materia de salubridad general no cancela las obligaciones a cargo de los servidores públicos. Por lo anterior en materia de compras gubernamentales para atender la emergencia, los servidores públicos deberán acatar el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley General de Salud, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, y demás normas jurídicas, lo que implica que las compras que realicen o las obras que inicien amparados en la acción extraordinaria en materia de salubridad general están sujetas a los principios de transparencia (a. 6° CPEUM), rendición de cuentas (arts. 6, 2 y 113 de la CPEUM), fiscalización (arts. 74 y 79 de la CPEUM) y responsabilidad (arts. 108, 109, 113 y 114 de la CPEUM).

Lo anterior es consistente con el Estado de Derecho, con derechos humanos y los principios que se desprenden de nuestro orden jurídico.

### **Conclusión**

La acción extraordinaria en materia de salubridad obliga a la autoridad sanitaria a sujetarse a los límites de su competencia, así como el Estado de Derecho y los Derechos Humanos continúan vigentes en la emergencia, las normas aplicables a las compras gubernamentales deben respetarse y, a su vez, los servidores públicos tienen la obligación de rendir cuentas, fiscalizar sus actos y asumir la responsabilidad sobre sus decisiones.

## **REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE EMERGENCIA PARA HACER FRENTE AL COVID-19**

José Antonio MORENO MOLINA<sup>1</sup>

En el Derecho español sobre contratación administrativa, la tramitación de los expedientes de emergencia está prevista en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

La tramitación de emergencia permite al órgano de contratación competente de cualquier Administración pública ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP. En efecto, a diferencia de la tramitación urgente, en estos casos no será necesario tramitar expediente administrativo, ni siquiera acreditar la existencia de crédito suficiente.

Los supuestos de emergencia son: acontecimientos catastróficos, las situaciones que supongan grave peligro o las necesidades que afecten a la defensa nacional.

En relación con el régimen excepcional aplicable a la tramitación de emergencia, la letra a) del apartado 1 del artículo 120 LCSP precisa en primer lugar 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. 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”.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Máster en Contratación Pública de la Universidad de Castilla la Mancha, España.

Pero del acuerdo del órgano de contratación que decida la contratación de emergencia se debe dar cuenta, en el plazo máximo de 30 días, al Consejo de Ministros si se trata de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social o demás Entidades públicas estatales.

Una vez ejecutadas las actuaciones objeto de la tramitación de emergencia, se observará lo dispuesto en la LCSP 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 de un mes, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no puede ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo por el que se declare la emergencia. Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario. Con esta importante previsión, se quiere evitar el abuso en la utilización de la figura, que está prevista para acontecimientos catastróficos que demanden una inmediata intervención, lo que no justifica una ejecución tardía de las prestaciones.

En cuanto a los límites para la utilización de la contratación de emergencia, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2017 exige:

- I) Que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia.
- II) Que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia.
- III) Que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación, quien se responsabiliza de motivar la concurrencia de una circunstancia excepcional y de acreditar su existencia.
- IV) Que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación.
- V) Que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

Tras la declaración por el Gobierno de España del estado de alarma, acordada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, como consecuencia de la situación de alerta sanitaria de máximo nivel, el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, determina 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.

En este sentido, el artículo 16 del RD Ley 7/2020 prevé que la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado (y de todo el sector público, tras la modificación del citado precepto del RD Ley 7/2020 por medio del Real Decreto-Ley 9/2020) para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata y aplicando la tramitación de emergencia, al amparo de lo previsto en el citado artículo 120 LCSP 2017. Si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, se exceptiona por la norma lo dispuesto respecto a las garantías en el artículo 198.3 LCSP 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.

Ahora bien, como han puesto de manifiesto los profesores Gallego Córcoles<sup>2</sup> y Miranzo Díaz,<sup>3</sup> el uso generalizado de tramitaciones de emergencia, necesario en esta situación de emergencia sanitaria, no debe suponer que no se respeten los principios generales de la contratación pública de publicidad y transparencia y en este sentido juega un papel decisivo la contratación administrativa electrónica, que permite desarrollar procedimientos de compras públicas ágiles, eficaces y eficientes sin merma de las necesarias garantías que exige el interés general y la utilización de los fondos públicos.

---

<sup>2</sup> “De las orientaciones de la Comisión europea sobre contratación pública en la crisis del covid-19 y de sus implicaciones en el caso español”, [www.obcp.es/](http://www.obcp.es/), consultado el 8 de abril de 2020.

<sup>3</sup> “Reflexiones sobre la transparencia y la integridad contrataciones relacionadas con el Covid-19”, [www.obcp.es/](http://www.obcp.es/), consultado el 6 de mayo de 2020.

También debe destacarse como enseñanza de esta pandemia la necesidad de impulsar una contratación conjunta transfronteriza en el ámbito de la investigación y el desarrollo.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> García Jiménez, A., “La contratación pública en los tiempos del coronavirus”, [www.obcp.es](http://www.obcp.es), consultado el 3 de abril de 2019.



# CONTRATACIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE COVID-19 EN URUGUAY

Ximena PINTO NERÓN<sup>1</sup>

## Introducción

En Uruguay, el 13/3/20 por Decreto No. 93/020, el Poder Ejecutivo declaró el estado de emergencia nacional sanitaria, derivado de la pandemia impuesta por la propagación del COVID 19. Dicho acto administrativo se dictó el mismo día que en el país se diagnosticaron los primeros casos, que fueron cuatro.

A partir de ese momento se adoptaron medidas de diversa índole, a saber: sanitarias, tributarias, sociales, entre otras, con el fin de salvaguardar el bienestar de las personas, tutelando los derechos fundamentales en juego.

De esta forma, las autoridades apelaron a la libertad responsable de los habitantes, y por tanto no dispusieron una cuarentena obligatoria, sino voluntaria, apelando a la prosecución de actividades a través de modalidades a distancia como ser mediante el teletrabajo, etc., en los casos en que ello era posible.

El obrar diario de los diversos Organismos Públicos Estatales se vio impactado, pero en general y en forma paulatina, se procuró mantener el desarrollo de actividades, a través de instaurar régimen de turnos en la atención y la utilización de medios a distancia, entre otras medidas.

## Medidas adoptadas en materia de contratación pública

La nueva realidad que surgió a raíz de la pandemia, generó nuevas necesidades públicas a satisfacer, y como es sabido, es a través de la contratación pública que se pueden abordar las mismas, constituyendo un sector fundamental en la actividad del Estado.

En Uruguay la contratación pública adquiere una relevancia singular, ya que se trata de un país pequeño, de alrededor de 3:500.000 de habitantes, donde se

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Socia integrante del área jurídica de Uruguay en International Consulting Group (ICG).

desarrolla un mercado acorde al tamaño del país, destacándose el gran poder de compra del Estado que se erige como uno de los grandes demandantes de bienes, servicios y obras.

En esta época de emergencia nacional sanitaria, se adoptaron respecto de la contratación pública algunas medidas, como son:

### **Fomento de la contratación pública electrónica**

El Uruguay ha avanzado en la implementación de medios electrónicos en el ámbito de la contratación pública, destacándose ciertos mecanismos que han sido imprescindibles en esta época de pandemia donde se requiere distancia social. Entre ellos se destacan los siguientes:

- Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE): mediante el mismo, los proveedores del Estado se inscriben y entregan en formato electrónico los documentos necesarios para acreditar que se encuentran en condiciones de contratar, siendo que dicho Registro mantiene vínculo de interoperabilidad con Organismos previsionales, que indican en tiempo real si los proveedores se encuentran en situación regular de pagos. El proceso se efectúa una sola vez, y luego es responsabilidad del proveedor el brindar los elementos necesarios para estar actualizado en los recaudos que surgen del Registro. En época de pandemia, se ha dispuesto la prórroga de la vigencia de ciertos documentos que obran en RUPE, de manera de permitir la contratación de los proveedores con el Estado, sin dejar de cumplir los requisitos normativos pertinentes. Entre otros aspectos, en RUPE se encuentran los datos y recaudos acreditantes de quiénes dirigen y representan a las empresas, lo cual es imprescindible para efectuar el control que permita determinar que no existe gente con vínculos que generan un conflicto de intereses en la contratación.
- Presentación y apertura electrónica de ofertas: Desde hace unos años se fomenta la presentación y apertura de ofertas en forma electrónica, lo cual es obligatorio en el ámbito del Poder Ejecutivo y sus dependencias, pero es facultativo en los restantes Organismos del Estado. A raíz de la pandemia, se fomentó la utilización de estos medios electrónicos que permiten efectuar los

procedimientos de contratación con todas las garantías para los particulares y con estricto respeto a los principios imperantes en la materia, como ser los principios de publicidad, transparencia, igualdad de los oferentes y concurrencia, sin que exista aproximación física entre las personas. No obstante, al existir Organismos que no se encontraban en condiciones de implementar dicha modalidad, la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE), emitió una recomendación a todos los Organismos con fecha 23/3/20, indicando que “la Administración deberá implementar los mecanismos necesarios para evitar que la apertura presencial de las ofertas se efectúe en lugar físico común, y, en cambio, dispondrá que se celebre a través de herramientas virtuales, en la que la presencia de los participantes pueda realizarse en tiempo real, pero a distancia, utilizando una aplicación electrónica —que la Administración determinará—, que permita conectar a todos quienes deseen participar de la apertura (el o los funcionarios de la Administración contratante y los interesados)”.

### **Incentivo de la utilización del régimen de Convenios Marco**

El régimen de Convenios Marco implica la realización de un gran procedimiento competitivo donde quienes resulten adjudicatario gozan del derecho de tener sus productos disponibles en una Tienda Virtual donde cualquier Organismo Público puede ingresar y efectuar sus adquisiciones. En este sentido, se incentivó la adquisición de los productos resultantes de los Convenio Marco (ejemplo: insumos informáticos sumamente necesarios para el teletrabajo), y se realizaron otros, como ser el relativo a la adquisición de productos de limpieza indispensables en época de pandemia (más de 50 ítems de necesario uso por todos los Organismos, como ser desinfectante, desodorante de ambiente, detergente, jabón en barra, escobas, escobillas, mopas, etc.)

### **Dictado de normativa que regula los plazos administrativos y jurisdiccionales**

Gracias a una iniciativa del Colegio de Abogados del Uruguay, el Parlamento dictó en tiempo récord la Ley No 19.879 de 30/4/20, por la que se declaró feria

jurisdiccional extraordinaria, suspendiéndose los plazos procesales. Ello tiene impacto en los plazos administrativos, los que en general se suspenden, como por ejemplo aquellos para evacuar vistas o interponer Recursos Administrativos, destacándose el área de la contratación pública, donde debe lograrse el equilibrio necesario que permita cumplir los cometidos estatales tan importantes en especial en época de pandemia, sin menoscabo de los derechos de los sujetos implicados. Es por esto que sin perjuicio de la suspensión, se previó la utilización de las vías electrónicas y telemáticas de relacionamiento remoto que permitan el justo equilibrio referido, y en ciertos casos, proseguir la actividad.

### **Reflexiones finales**

Las necesidades públicas no están en cuarentena, por lo cual las Administraciones Públicas Estatales deben instrumentar los mecanismos necesarios que le permitan satisfacerlas, en procura de tutelar el interés público.

De esta forma, los Estados deben tomar un rol protagónico, utilizando los medios que se encuentran a disposición para implementar mecanismos que permitan contratar bienes, servicios y obra, siendo guardianes de que se efectúen los controles necesarios, que prevengan y detecten prácticas indebidas, siendo menester tener presente que en época de pandemia juega un papel singular servir a la población como la misma lo necesita.

## PRINCIPIOS Y CONDICIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Jorge VARGAS MORGADO<sup>1</sup>

Hemos construido elaboradas y complejas estructuras legales y administrativas para la verificación de los contratos del Estado.

En México, como en muchos países, se ha optado por migrar los contratos del sector público —o la mayor parte de ellos— del derechos civil o del derecho mercantil hacia el derecho administrativo, siguiendo la tradición francesa, surgida de la Revolución.

El hecho migratorio mencionado tuvo un primer propósito de facilitar el trabajo de la recién nacida Administración, quitando los actos de esa Administración de las manos de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, sometiéndolos entonces a las instancias administrativas.

Esta decisión, propia de la dictadura generada por la revolución francesa —todas las revoluciones producen una dictadura que haga efectivos los planteamientos revolucionarios—, cimentó en la base de lo que desde entonces se llamó el *interés público*, que correspondía a lo que los revolucionarios estimaban era la voluntad general.

Ese *interés público*, idealmente se entendería como la *suma de los intereses particulares*, lo cierto es que esta idea ha llevado a las autoridades, particularmente las administrativas, a asumir que cuentan con un poder decisorio supremo que no se somete a reglas por ser superior, lo cual es obviamente falso.

Esa línea de pensamiento se colocó, al alcance de los gobiernos para justificar un régimen político y jurídico cualquiera, aún los abusivos y dictatoriales.

Hay, claramente, una cercanía del concepto de interés público con la idea de Rousseau del contrato social y la voluntad común de generar un orden jurídico, ambas se asemejan porque manejan el sentido de voluntad general, pero ambas

---

<sup>1</sup> Coordinador de Investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, Campus Querétaro. Presidente de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo.

son contrarias a la realidad histórica, de modo que difícilmente podríamos reconocer en el actuar público la voluntad general que presumen.

En este contexto, el régimen de contratación pública en México, que tiene un fuerte contenido de la idea de interés público, padece una inclinación de las autoridades a hacer valer como propia la ilusión de interés general al momento de tomar decisiones de contratación, actuando en perjuicio de los principios constitucionales para la contratación de *honestidad, lealtad, eficacia, eficiencia y economía*, lo que sin duda pervierte la limpieza y eficacia de los procesos de contratación.

La doctrina ha vertido ríos de palabras para explicar que los contratos administrativos tienen una finalidad de *interés público* o *interés general* o *interés social* o *utilidad pública* u *orden público*, expresiones todas que más parecen sortilegios que conceptos plausibles.

Sostener el interés público como justificativo de la contratación pública es poner en manos de cada servidor público la liberalidad de determinar qué entenderá por dicha expresión.

Encontramos en la vida diaria que, las autoridades de la Administración, en el mejor de los casos, vienen desarrollando sus habilidades literarias para emitir auténticos plañidos para justificar, que no fundar y motivar, cualquier propósito como finalidad de *interés general*, pero en un muy frecuente peor de los casos, la autoridad se limita a referir que algo es de *interés público* para tener por justificado lo que sea.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, explicando el por qué los administrativos son contratos de *orden público* afirma que "...cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo...".

¿Qué significa que *la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales*? es un misterio, lo que queda claro es que no hay conceptualización de ese sortilegio.

Debo entonces concluir que la finalidad de *interés público* o cualquier sinonimia paralela para explicar la naturaleza jurídica de los contratos públicos no puede ser seriamente sostenida en la actualidad dentro del derecho administrativo.

Ahora bien, asumamos que la expresión *interés público* o sus sinónimos tuvieran significado cierto y claro, afirmar, como mucha doctrina lo hace, que los contratos administrativos tienen una *finalidad* de interés público no esclarece el tema en forma alguna, porque *finalidad* en un contrato es un presupuesto no un elemento esencial como lo es el *objeto*, concepto este último que no es desarrollado por la teoría contractual administrativa, de modo que la *finalidad* en el contrato administrativo tampoco ayuda para entender la esencia jurídica del contrato administrativo.

Nuestra constitución determina algunos principios que podrían ser útiles para esclarecer eficientemente el sentido de la contratación pública. Previene que en la tramitación de los contratos que suscriba la Administración pública deben atenderse los principios de *eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez*.

Ahora bien, ¿qué son la eficiencia, la eficacia, la economía, la transparencia y la honradez?

Seguramente son expresiones que como significantes lingüísticos todos comprendemos de forma ampliamente uniforme, sin embargo, no operan como significados lingüísticos de manera igualmente clara y eficiente, es decir, hay un amplio campo abierto a la subjetividad en la comprensión de los mencionados principios.

Los mayores riesgo y dificultad consisten en que, jurídicamente, no han sido, ni pueden ser, debidamente establecidos esos significados, de suerte que pueden ser tan estrechos o amplios como la voluntad subjetiva de los titulares del poder quieran, volcándose sobre ellos una cruel obscuridad.

De esta manera corren el riesgo de ser tomados como meros coloquialismos políticos en la jerga cotidiana ritualista de los órganos administrativos.

Pero nuestra Constitución nos orienta positivamente con una disposición que consiste en imponer a los procedimientos de contratación una disciplina, consistente en que los procedimientos de contratación han de dirigirse de forma que, por su

medio, obtengan *las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes*, es decir, la contratación administrativa procedimentalmente ha de ser estructurada y administrada en función de las condiciones procesales mencionadas, y esto sí parece ser de mucha utilidad.

Se trata entonces esta obligación pública de cumplir con una condición, no del contrato objetivamente, sino los procedimientos de contratación, que tomada en serio significaría un avance sustancial en el proceso civilizatorio de las prácticas administrativas.

Para que la condición procedimental consistente en la procuración de la *mejores condiciones* fuera posible sería preciso que la estructura toda de la legislación administrativa estuviera enfocada al logro de objetivos y metas planeadas, programadas y presupuestadas, porque, hay que decirlo, en la actualidad realmente no existen en México con certeza y pulcritud dichos objetivos y metas, de manera que no podemos determinar con certeza cuáles serían la mejores condiciones contractuales de *precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes* porque no tenemos señalados los objetivos y metas sobre los cuales estimar qué es lo más conveniente en *precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes*.

¿Cómo podría un órgano administrativo dirigir su actividad si no cuenta con una diana en la cual acertar? Sin objetivos que lograr ¿cómo se puede vislumbrar lo que las mejores condiciones serían? No es posible.

Frente a las actuales crisis sanitaria, económica y política, observamos más agriamente la ineficiencia y la ineficacia de los procedimientos de contratación; observamos el gasto que lleva la consistencia del dispendio; ello debido, en gran parte a que la Administración actúa sin objetivos claros y concretos, venimos atestiguando auténticos palos de ciego y, desafortunadamente, evidentes hechos de corrupción, no solo por el latrocinio sino por la falta de sentido en el actuar público que es en sí una forma de corrupción.

Insisto, para que las actuaciones públicas y, específicamente, para que la contratación se puedan calificar de eficaces, eficientes, honestas, deben atender a



objetivos y metas, y estos deben estar cabalmente especificados antes de gestionar la contratación; intentar exponer objetivos y metas en los actos específicos de gestión por parte de la Administración es pervertir maliciosamente el sentido de los principios y condiciones programáticos, además de que, desde luego, así no se logra la satisfacción y cumplimiento de los principios, condiciones, objetivos y metas.

Vivimos pues ahora una crisis sanitaria, con sus consecuencias económicas y políticas, que ha perturbado prácticamente todos los aspectos de la vida social y económica, en este último campo ha provocado una segunda crisis, la económica, igualmente devastadora.

En estas circunstancias se percibe que los regímenes contractuales públicos que hemos utilizados hasta ahora también están en evidente crisis, han hecho agresivamente evidente su ineficacia, su ineficiencia, han desnudado crudamente la más abyecta corrupción que, insaciable, no pierde ocasión de hacer efectiva su infausta presencia.

Debemos reconocer que nos encontramos en medio de esta crisis polifacética y plantearnos como tarea inmediata volver a idear y construir la teoría administrativa de los contratos.