

La contratación pública en tiempos de Pandemia del Covid-19 en España¹

Public procurement in Spain in the context of the Covid-19 Pandemic

Contratações públicas na Espanha no contexto da Pandemia Covid-19

Carmen Pineda Nebot² y Gonzalo Pardo Beneyto³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v12i22.322>

Resumen: El presente trabajo de investigación pone el foco sobre la contratación durante la pandemia generada por el Covid-19 y los instrumentos excepcionales que se han ido aprobando durante el periodo comprendido entre marzo y agosto de 2020 por parte de las instituciones públicas españolas (Gobierno-Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas). Para ello, se ha partido de un enfoque neo-institucionalista que tiene en cuenta los efectos de los cambios normativos a través del isomorfismo y como estos afectan en la toma de decisiones. La metodología utilizada se ha basado en el análisis de distintos documentos generados por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). Entre los resultados más importantes, se puede destacar que casi la totalidad de las instituciones estudiadas han aprovechado las flexibilizaciones de la legislación en materia de contratación para generar márgenes de ambigüedad que les han permitido saltarse temporalmente las obligaciones de información y publicación y que los cambios normativos estatales tienen una gran influencia tanto sobre la legislación aprobada como los procedimientos administrativos.

Palabras Clave: Neo-institucionalismo, Contratación, Rendición de cuentas, Transparencia, Publicidad.

Abstract: This research work focuses on contracting during the pandemic generated by Covid-19. In this situation institutions Government-General -Administration of the State, Autonomous Communities and Autonomous Cities- have approved a set of special legislation about this issue during the period between March and August 2020 by the Spanish public institutions. To study this, it has started from a neo-institutionalist approach that takes into account the effects of normative changes through isomorphism and such as these comments to decision makers. The methodology used has been based on the analysis of different documents generated by the Independent Office for Procurement Regulation and Supervision (OIReScon). Among the most important results, it can be noted that almost all of the institutions studied have taken advantage of the flexibilities in the procurement legislation to generate ambiguity that have allowed them to temporarily skip the information and publication obligations. It has been highlighted that regulatory state changes have great influence over both passed legislation and administrative procedures.

Keywords: Neo-institutionalism, Procurement, *Accountability*, Transparency, Advertising.

Resumo: Este trabalho de investigação centra-se na contratação durante a pandemia gerada pelo Covid-19 e nos instrumentos excepcionais que foram aprovados durante o período compreendido entre março e agosto de 2020 pelas instituições públicas espanholas (Governo-Administração Geral do Estado, Comunidades Autónomas e Ciudades Autónomas). Para isso, partiu de uma abordagem neoinstitucionalista que leva em consideração os efeitos das mudanças normativas por meio do isomorfismo e como elas afetam a tomada de decisões. A metodologia utilizada baseou-se na análise de diversos documentos gerados pelo Escritório Independente de Regulação e Supervisão de Aquisições (OIReScon). Entre os resultados mais importantes, pode-se destacar que quase todas as instituições

1 Artigo recebido em 10/08/2020 e aprovado em 20/11/2020

2 Investigadora GEGOP, Espanha

3 Universidad de Alicante, Espanha

estudadas têm aproveitado a flexibilidade da legislação de compras para gerar margens de ambiguidade que têm permitido extrapolar temporariamente as obrigações de informação e publicação e que mudanças regulatórias do estado tem grande influência tanto na legislação aprovada quanto nos procedimientos administrativos.

Palavras chaves: Neoinstitucionalismo, contratação, *accountability*, transparência, publicidade

Introducción

La situación de emergencia sanitaria provocada en todo el mundo por el covid19 ha tenido impacto hasta niveles desconocidos hasta ahora tanto en el ámbito sanitario como en otros sectores: jurídico, económico, social, que han requerido la adopción de numerosas medidas y actuaciones en todas esas esferas.

De hecho, la pandemia está obligando a las autoridades de los distintos países a adquirir productos esenciales para la salud de sus ciudadanos en el sector privado con una urgencia sin precedentes. Pero como afirmó Rachel Hanna, responsable de Investigaciones Jurídicas y Campañas de Access Info: “La rapidez con que tomen las decisiones puede significar la diferencia entre la vida o la muerte de muchas personas, pero la pandemia no es excusa para saltarse las obligaciones de transparencia” (Access Info, 2020). La necesidad de una cierta flexibilidad no debe suponer una pérdida de transparencia.

Debido a ello, casi todos los gobiernos del mundo han tomado medidas no solo para preservar la salud de sus conciudadanos, sino también para paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias económicas que se han generado a causa de la crisis sanitaria. Desde un primer momento, la Unión Europea ha ido discutiendo las medidas a tomar de las que se puede destacar el Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de Covid-19 o los recientes acuerdos a los que se ha llegado en el seno del Consejo respecto al Next Generation EU y el presupuesto comunitario para el periodo 2021-2027.

En base a la lógica anterior y para paliar los efectos de esta pandemia e intentar contenerla, el Gobierno Español ha aprobado, entre otras normas: (i) el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19; (ii) el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 y (iii) el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan

medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, que introduce diversas modificaciones en la normativa vigente en materia de contratación pública. Estos textos legales han supuesto importantes novedades en este ámbito que se considera importante señalar, sobre todo las referidas a la transparencia. Dicho elenco de aprobación de normativa excepcional ha sido complementado en mayor o menor medida por parte de las Comunidades Autónomas.

El plan de exposición de este trabajo de investigación es el siguiente: después de esta introducción, se pasará a definir la metodología y el marco teórico. Posteriormente, se expondrán los principales resultados. Por último, se van a discutir los mismos y se van a enumerar las principales conclusiones.

Metodología

El presente trabajo de investigación tiene como principal objetivo ofrecer una panorámica del uso de la contratación de emergencia y los cambios normativos que han incentivado que los decisores públicos utilizaran dicho procedimiento en vez de las modalidades de contratación estándar.

Para poderlo llevar a cabo, este se ha centrado en el análisis de los datos contenidos en los informes de seguimiento y evaluación de la contratación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon), en la normativa vigente en materia de contratación, así como en el código elaborado por el BOE en relación con el Covid-19. En concreto, se han extraído variables relativas a: 1) la regulación de la contratación de emergencia, 2) la flexibilización de los controles económicos en este ámbito y 3) la contratación realizada por este medio y su fiscalización. En base a esto, se pueden formular las siguientes preguntas de investigación: ¿Se ha generado algún tipo de corriente isomórfica que haya sido aprovechada por los gestores públicos para contratar con más discrecionalidad? ¿Es la flexibilización de los requisitos formales y su control a priori y a posteriori un incentivo para la utilización de la contratación de emergencia como método normalizado?

Marco teórico

La importancia de las leyes en la toma de decisiones

El entorno es un elemento importante para cualquier institución. Su actuación no solo se circunscribe a este, sino que es un elemento en el que se generan posibles cambios que han de ser asumidos en pro de la legitimidad (DIMAGGIO Y POWELL, 1983; MEYER y ROWAN, 1977; SUCHMAN, 1995). Este tipo de cambios son conocidos con el nombre de isomorfismo que, según Dimaggio y Powell (1983) pueden clasificarse en tres tipos: a) isomorfismo normativo o lo que es lo mismo, el intercambio y la estandarización de conocimientos entre profesionales, b) el isomorfismo mimético que puede ser definido como el plagio de soluciones a otras instituciones a causa de la incertidumbre y, c) el isomorfismo coercitivo en el que la legislación y los instrumentos de coerción generados por la misma, obligan a realizar cambios en su forma de actuar.

Estos no son automáticos y dependen de aquellos que han de tomar las decisiones. En esta línea, no hay que perder de vista el carácter estratégico de las mismas (DIMAGGIO, 1988; OLIVER, 1988). No obstante, dichas decisiones no pueden obviar aspectos fundamentales para la convivencia como son las normas, los aspectos culturales e, incluso, las propias limitaciones del ser humano (Simon, 2000).

En el caso del estudio del efecto de las normas en la sociedad, autores como Edelman y Suchman (1997: 507) afirman que es posible combinar estudios de tipo materialista con aquellos basados en una perspectiva culturalista. Para estos autores, los entornos legales tienen tres tipos importantes a saber: a) el facilitador es aquel que dispone de herramientas adaptativas para la interacción legal y la resolución de disputas; b) el regulativo en el que la ley trata de controlar a las organizaciones y; c) el constitutivo que define la naturaleza organizacional a través de principios, reglas y valores a través de las categorías legales. Estos autores, en resúmenes cuentas, utilizan un enfoque híbrido.

Toda norma, por inocua que parezca tiene una influencia en cualquier organización, ya que obliga a sus responsables a actuar en base a una serie de preceptos de obligado cumplimiento que constriñen su comportamiento. No obstante esto, la normativa no siempre es todo lo taxativa que debiera ser, por lo que aquellos que han de tomar decisiones tienen cierta discrecionalidad para la interpretación e implementación de su contenido (EDELMAN, 1990, 1992).

Transparencia, rendición de cuentas y publicidad en la contratación como antídoto contra la corrupción

La corrupción puede ser definida como “[...] la decisión de un individuo en una transacción con otro individuo o individuos, aprovechándose (indebidamente se insiste) de una posición determinada en esa relación o transacción” (ARELLANO GAULT, 2017: 811). Estos comportamientos, sin duda, pueden provocar que los recursos públicos pasen a manos privadas, ya sean monetarios o de otra índole (VILLORIA e IZQUIERDO, 2015).

Las contrataciones públicas son normalmente el riesgo de corrupción número uno de los gobiernos,⁴ como señalan tanto la OCDE,⁵ la UE y la ONU.⁶ Si como indica la UE el 28% de los casos de corrupción en el sector de la salud en una situación de normalidad están relacionados específicamente con la adquisición de equipo médico,⁷ parece conveniente en una situación de incertidumbre y emergencia asegurar la transparencia en la contratación pública. Las adquisiciones de emergencia pueden ser aún más vulnerables a los actos de mala fe, ya que pueden implicar la contratación única, la aceleración de los plazos, el pago anticipado y una lucha general para asegurar los suministros que puede reducir al mínimo la diligencia debida y el escrutinio de los proveedores. Pero el hecho de que en esta contratación de emergencia se sacrifiquen buena parte de las garantías que previamente revestían los procedimientos contractuales, no debe suponer una renuncia total a los principios de transparencia e integridad.

Para evitar todo esto, las instituciones públicas han de realizar un esfuerzo para minimizar en la medida de lo posible dicha posibilidad. En concreto, se está haciendo referencia a tres instrumentos que han ido implementándose en los últimos tiempos a saber: a) transparencia, b) rendición de cuentas y, c) publicidad en la contratación.

La primera de ellas puede definirse como el flujo confiable de información que las instituciones ponen a disposición de la ciudadanía. En el caso español, dichas políticas se implementan a través de mecanismos de publicidad activa o, lo que es lo mismo, la publicación en soporte electrónico de una serie de datos de interés para la comunidad; así como el Derecho a la información pública que es la posibilidad que tiene todo individuo de dirigirse a la Administración para pedir datos no publicados por el anterior mecanismo. La transparencia, en resumidas cuentas, está englobada en la apertura que es una estrategia de salvaguarda de la integridad que

afecta a las estructuras institucionales y ejerce un papel pasivo (ALDEGUER, ABELLÁN y PARDO, 2020).

Otro de los instrumentos también estructural pero con una influencia activa es la rendición de cuentas, que como su nombre indica es la obligación que tienen todas las instituciones de dar a conocer los principales datos para que estos sean fiscalizados. Estas entidades, dado su papel de salvaguarda del interés general, han de ser controladas por terceros que certifiquen una buena praxis no solo en lo económico, sino también en cuanto a resultados y valores societarios se refiere (ABELLÁN, 2019).

Por tanto, la transparencia no debe quedar excluida dentro de la excepcionalidad de la situación y de los procedimientos, como recientemente ha puesto de manifiesto Transparencia Internacional. “El cumplimiento y respeto de los principios de rendición de cuentas, de transparencia y de la ética a la hora de respuestas rápidas es una necesidad.” (TI, 2020).

Sin olvidar que la transparencia es un elemento importante para mejorar la confianza del ciudadano con su gobierno (MEIJER, 2009; BERTOT, JAEGER y GRIMES 2010; WORTHY, 2010) y para un mayor control por parte de la sociedad (GRIMMELIKHUIJSEN y KASYMOVA, 2015; MEIJER, HART y WORTHY, 2015), algo muy importante en un momento de tanta incertidumbre.

En esta línea y con el objetivo de mejorar la transparencia y facilitar la rendición de cuentas, la normativa sobre contratación del sector público estableció como pieza fundamental para dar publicidad a los procedimientos de esta índole al perfil del contratante. Su artículo 63.1 lo define como

Elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca”. Este ha de dar publicidad a cada fase del procedimiento de contratación - preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción.

La transparencia en situaciones de crisis

La transparencia es un elemento muy importante para ayudar a evitar la corrupción en la contratación pública, incluso en tiempos de crisis. Se ha visto en anteriores epidemias, gripe aviar o porcina, como hay personas que intentan sacar beneficios de las situaciones difíciles y que la corrupción prospera cuando las instituciones y la supervisión se encuentran en una situación de debilidad.

En este contexto de crisis, la Comisión Europea ha remarcado en su informe “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” la utilidad del procedimiento negociado sin publicidad previsto en la Directiva 2014/24/UE como método de compra ágil y eficaz ante esta situación cambiante e incierta. Este procedimiento, previsto para eventos imprevisibles, ofrece, junto a las tramitaciones de emergencia, la mitigación del problema de inmediatez que presentan otros procedimientos, aunque debemos tener en cuenta que estos beneficios conllevan ciertas contraindicaciones (GAMERO, 2020). Ya que, dado que su aplicación tiene un carácter marcadamente excepcional, existe el riesgo de que su uso se entienda como excepción a la totalidad, en la que la única regla es que no hay reglas (GAMERO, 2020) y que también afecte al posible control sobre las decisiones públicas, es decir, a los principios de integridad y buena administración. De hecho, las sucesivas modificaciones realizadas durante estos años en las normas de contratación han ido encaminadas a restringir, en la medida de lo posible, el carácter cerrado y opaco y procurando que el procedimiento abierto -dividido o no en lotes- sea la referencia. En el informe también se indica que los distintos poderes adjudicadores⁸ deberán determinar si se cumplen las condiciones para recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa y justificar su elección de recurrir a dicho procedimiento en un informe individual. En la evaluación individual de cada caso, deberán cumplirse los siguientes criterios acumulativos: a) sucesos imprevisibles para el poder adjudicador en cuestión; b) extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales; c) nexos causales entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia y; d)

8 Según el artículo 3.3 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 son poderes adjudicadores: a) las Administraciones Públicas, b) las Fundaciones Públicas, c) las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, d) las demás entidades que salvaguarden el interés general y que no tengan carácter mercantil, e) las asociaciones constituidas por las anteriores, f) los partidos políticos, los sindicatos y sus fundaciones cuando no tengan ingresos a través del mercado y g) las corporaciones de derecho público que no se financien a través de actividades económicas e industriales.

uso en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío hasta que se encuentren soluciones más estables.

La propia Comisión ha indicado que en este tipo de compras “los poderes adjudicadores se apartan del principio básico del Tratado relativo a la transparencia” (CE, 2020), ya que ante la ausencia de procedimientos es inviable tanto una fiscalización tradicional como un control social. Pero eso no significa que se deba renunciar al principio de transparencia en las compras públicas durante la pandemia del covid19, sino que deben impulsarse requisitos mínimos de transparencia de emergencia en el caso de esos contratos. Hay que tener en cuenta que los controles internos en el proceso de contratación se ven sublimados por las necesidades inaplazables y urgentes. Por lo que la transparencia tanto del resultado como de la toma de decisiones ayudan tanto para el monitoreo como para disuadir de posibles malos usos en el proceso de contratación. Esto es algo que se ve favorecido por el uso de las nuevas tecnologías y los medios electrónicos, al ofrecer posibilidades para garantizar una información mínima que permita a la ciudadanía y a los agentes sociales realizar una evaluación y seguimiento de las estrategias de compra públicas.

Es importante, por último, señalar que la transparencia en la actividad pública de la contratación tiene una doble configuración:

- a) las obligaciones que derivan de la normativa en materia de contratos, que incorpora la transparencia como uno de sus principios rectores. Esta transparencia está íntimamente ligada a los principios de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores, y se instrumenta fundamentalmente, en lo que se refiere a las obligaciones de publicidad activa, a través del Perfil de contratante.
- b) los requisitos que establece la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y otras normas de ámbito autonómico y local sobre la materia. Estos tienen por objeto dar a conocer al público en general cómo se están gestionando los contratos públicos y se realizan a través del portal de transparencia.

En base a todo lo anterior, se formulan las siguientes hipótesis de investigación:

- H1. Los gobiernos autonómicos adaptarán su legislación en base a las medidas tomadas por el Estado en base a una corriente isomórfica coercitiva y mimética.
- H2a. La mayoría de los gobiernos han utilizado los procedimientos especiales de contratación basados en la contratación de emergencia, ya que las zonas grises y la relajación de salvaguardas generados por la legislación lo han permitido.
- H2b. Las características que más se han visto afectadas por dicha flexibilización ha sido la transparencia y la rendición de cuentas.

Resultados

La contratación en tiempos de la Covid-19 en España: la adopción de medidas excepcionales para acontecimientos extraordinarios

En el primer semestre de 2020, se produjo la irrupción del Covid-19 en España cuyo impacto ha obligado a los responsables de las Administraciones Públicas a tomar decisiones al respecto de forma rápida y ágil.

No es de extrañar, en consecuencia, que se produjesen efectos excepcionales en la contratación entre los que se pueden destacar: 1) la suspensión de los plazos en los procedimientos administrativos, 2) la ejecución de los contratos durante el Estado de Alarma, 3) la aparición de actuaciones de emergencia y, 4) el control interno sobre lo contratado (OIREscon, 2020).

En relación con la atención a necesidades producidas por la pandemia, el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LSCP), 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 establece la tramitación de emergencia como mecanismo para actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. Dada la situación de emergencia, el procedimiento a seguir prescinde de todo requisito formal, ya que el órgano de contratación no tiene la obligación de tramitar el expediente en base a esta normativa e, incluso, no hace falta que cuente con

el crédito presupuestario necesario. Además, dicho precepto, afirma que se puede prescindir de “los requisitos formales establecidos en la presente ley”.

No obstante, se establece que los procedimientos en los que se tenga que utilizar la tramitación de emergencia están sujetos a las normas de publicidad de los artículos 151 y 154 LCSP y del artículo 50 de la Directiva 2014/24/UE, que exigen la publicación de la formalización del contrato y del anuncio de adjudicación, lo que sienta una base mínima.⁹ Por otro lado, la transparencia no equivale a publicidad y que si bien en la tramitación de urgencia se dan determinadas excepciones de publicidad procedimental que afectan a las formas de materialización del principio de transparencia, el artículo 120 LCSP no excluye su aplicación en este tipo de tramitación.

Este régimen excepcional en la contratación pública es el que, al amparo del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan

⁹ Así se señalaba en la Nota informativa la “tramitación de emergencia de los contratos por los que se instrumentan medidas de lucha contra el Covid-19” emitida por la Presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCE).

medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 (modificado por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo), se está utilizando con más frecuencia en los contratos que se han adjudicado contra la pandemia. En estos contratos se eluden los principios de concurrencia, publicidad e igualdad, por ello las actuaciones que se desarrollen (amparándose en la situación de emergencia) deben ser indispensables para paliar las necesidades más urgentes.

La única formalidad que sí expresa el artículo 120 de la LCSP, en la letra b) de su apartado 1 es la obligación de dar cuenta de los contratos de emergencia al Consejo de Ministros (o, en su caso a los Consejos de Gobierno de las CC.AA. y de las Ciudades Autónomas, de acuerdo a la normativa correspondiente) en un plazo de treinta días desde su celebración sin que se imponga por la LCSP la obligación de publicación alguna con relación a dicho trámite.

De acuerdo con la OIReScon (2020), el Estado, varias CC.AA. y Melilla aprobaron una serie de normativa ad hoc para adaptar su legislación en materia de contratos a la nueva realidad.

TABLA 1. FLEXIBILIZACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN A PARTIR DE LA APROBACIÓN DE NORMATIVA DE REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

REGULACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES	ESTADO	ANDALUCÍA	CATALUÑA	NAVARRA	CASTILLA-LA MANCHA	ILLES BALEARS	ARAGÓN	EXTREMADURA	C. VALENCIA-NA	MELLILLA
Actuaciones a cuenta sin garantía	Sí	Sí	No	No	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Modificaciones de contratos para la atención de necesidades Covid-19	No	No	No	Sí	No	No	No	No	No	No
Contratación en el exterior	Sí	No	No	No	No	No	No	No	No	No
Exterior-Pagos anticipados	Sí	No	No	No	No	No	No	No	No	No
Exención de fiscalización previa	No	No	No	Sí	Sí	No	No	No	Sí	No

Fuente: adaptado de OIReScon (2020).

Como se observa en la tabla 1 la mayoría de las instituciones flexibilizaron la realización de pagos a cuenta sin garantía. Las únicas que no lo hicieron fueron Cataluña, Navarra, Castilla La Mancha y Melilla. En cuanto a las modificaciones de contratos ya vigentes solo la Comunidad Foral de Navarra lo contempló en su normativa. Asimismo, el Estado fue el único que se auto-otorgó potestades para la contratación en el exterior en dichas circunstancias, así como la capacidad de realizar pagos anticipados sin justificar en este ámbito.

La flexibilización también se produjo en la fiscalización previa en CC.AA. como Navarra, Castilla-La Mancha y la Comunitat Valenciana.

En cuanto a los cambios producidos en la fiscalización de dichos gastos, se flexibilizaron algunos preceptos para poder ser resolutivos. En esta línea, la tabla 2 resume algunos de los elementos afectados por la legislación de emergencia.

TABLA 2. MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-PRESUPUESTARIO Y SU FISCALIZACIÓN EN LAS INSTITUCIONES ESPAÑOLAS

CCAA	MEDIDAS
Estado	1) Control financiero permanente sustituye a la intervención en áreas determinadas por la intervención del Estado en la contratación y expedientes de gasto.
Aragón	1) Régimen presupuestario especial para gastos Covid-19. 2) Gastos de sanidad y servicios sociales no sujetos a contratación de emergencia no sometidos a fiscalización previa.
Castilla-La Mancha	1) Gastos en materia de sanidad por Covid-19 no sometidos a control previo, sin régimen sustitutivo.
Castilla y León	1) Gastos en materia de sanidad por Covid-19 no sometidos a control previo, sin régimen sustitutivo.
Extremadura	1) Control financiero permanente sustituye a la intervención en áreas determinadas por la intervención del Estado en la contratación y expedientes de gasto.
Navarra	1) Gastos en materia de sanidad por Covid-19 no sometidos a control previo, sin régimen sustitutivo; incluso gastos a justificar.
Comunitat Valenciana	1) Control financiero permanente sustituye a la intervención en áreas determinadas por la intervención del Estado en la contratación y expedientes de gasto.

Fuente: elaboración propia.

Como se puede observar, hay dos tipos de cambios en la fiscalización del gasto. Por una parte, hay comunidades autónomas que han eliminado de facto el control financiero de las cuentas. Este es el caso de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Navarra. Por el otro, hay que hacer referencia a aquellas CCAA que han sustituido la función interna de control -intervención- por una de Control Financiero Permanente a través de la Auditoría Informática y el Software y el análisis de riesgo, algo que tiene cada vez más auge en este tipo de tareas (ABELLÁN y PARDO, 2020).

Los efectos de los cambios producidos por la legislación de emergencia

En la tabla 3 se pueden apreciar el número de contratos de emergencia y los actos en que se han dado cuenta de estos contratos a los órganos correspondientes publicados desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020, así como el porcentaje de contratos informados.

TABLA 3. LA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA POR DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL Y LOS ACTOS DE "TOMA DE RAZÓN" POR LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO

ADMINISTRACIÓN	Nº DE CONTRATOS	NÚMERO DE CONTRATOS INFORMADOS	PORCENTAJE DEL TOTAL DE CONTRATOS INFORMADOS
ADMÓN. GRAL. DEL ESTADO	718	261	36,35%
CA. ANDALUCIA	556	48	8,63%
CA. ARAGÓN	125	1	0,80%
PRINCIPADO DE ASTURIAS	134	16	11,94%
CA. CANARIAS	707	42	5,94%
CA. CANTABRIA	292	28	9,59%
CA.CASTILLA-LA MANCHA	836	34	4,07%
CA.CASTILLA Y LEÓN	487	230	47,23%
CA. CATALUÑA	4546	0	0%
CEUTA	22	1	4,55%
CA. EXTREMADURA	123	82	66,67%
CA. GALICIA	81	45	55,56%
CA. BALEARES	253	59	23,32%
CA. MADRID	1335	181	13,56%
MELILLA	7	6	85,71%

ADMINISTRACIÓN	Nº DE CONTRATOS	NÚMERO DE CONTRATOS INFORMADOS	PORCENTAJE DEL TOTAL DE CONTRATOS INFORMADOS
CA. MURCIA	9	0	0%
CA. NAVARRA	16	0	0%
CA. PAIS VASCO	184	7	3,80%
CA. RIOJA	67	20	29,85%
C. VALENCIANA	570	67	11,75%
TOTAL	11.073	1.128	10,19%

Fuente: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), 2020.

Asimismo y a pesar de que desde el 30 de abril ha habido un notable incremento de actos publicados en las páginas web (OIReScon, 2020) el porcentaje total es muy bajo y lo es también en algunas comunidades autónomas. Es importante señalar que los datos de la tabla 3 son aquellos que han sido publicados en las distintas plataformas de contratación existentes en el conjunto del sector público, por lo que no puede asegurarse que se hayan publicado todos aquellos contratos que se hayan realizado en la gestión de la crisis ocasionada por el Covid-19, bien porque aún no ha transcurrido el plazo legal para publicarlos, o bien porque se ha incumplido dicha obligación legal de publicidad.

En relación con las instituciones estudiadas, son 4 las tendencias a las que se debe hacer mención:

1) En primer lugar, a aquellas que han modificado tanto su legislación respecto a la contratación como su fiscalización. Tanto Navarra (0%) como Aragón (0,8%) no informaron de casi ninguno de los contratos suscritos. Mientras que la Comunitat Valenciana (11,75%) y el Estado (36,35%) lo hicieron de forma incompleta e imparcial. Solo Extremadura alcanzó los dos tercios de contratos controlados en este grupo.

2) En segundo lugar, se encuentran Castilla y León que, aunque no fiscaliza y no prevé un régimen alternativo, ha informado el 47,23%.

3) En tercer lugar, hay que hacer mención a aquellas que han modificado su régimen de contratación. En esta línea, Cataluña no ha informado todavía sus contratos y Andalucía lo ha hecho en un 8,63%. Baleares se sitúa casi en un cuarto lugar alcanzando el 23,32% y Melilla cumple casi con la totalidad al situarse en el 85,71%.

4) En cuarto y último lugar, hay que destacar a aquellas CCAA que, pese no haberse dotada de un régimen excepcional, han flexibilizado la información de los contratos. Destaca el caso de Murcia con un 0% o el de País Vasco (3,8%), Ceuta (4,55%), Canarias (5,94%) y Cantabria (9,59%) con porcentajes que no alcanzan ni el 10%. Les sigue con una tendencia algo mayor Asturias (11,94%), C. Madrid (13,56%) y La Rioja con un 29,8%. Por último, Galicia es la comunidad que más cumple en este último al haberse informado más de la mitad de los contratos (55,56%).

En lo que respecta al tipo de contrato, se ve claramente que los contratos de suministro es el tipo de contrato suscrito con mayor frecuencia, representando un 72% de la contratación de emergencias.

LA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA POR TIPO DE CONTRATO



Fuente: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), 2020.

En cuanto a la elección del procedimiento utilizado sigue destacando el negociado sin publicidad como la opción más frecuente del órgano de contratación para publicar los contratos tramitados por emergencia (53,47%), incluso para aquellos contratos que, por su cuantía, podían haber sido tipificados como contrato menor e incluso, en ocasiones, para aquellos contratos exentos de la obligación de publicar por un sistema de pago de anticipo de caja fija (segundo párrafo del apartado 4 del artículo 63 de la LCSP) (OIReScon, 2020).

También hemos comprobado un grado de cumplimiento del 71,85% (OIReScon, 2020) del artículo 347 de la LCSP respecto a los contratos tramitados por vía de emergencia de los órganos de contratación cuyo perfil del contratante se encuentra alojado en una plataforma de contratación diferente de PLACSP habida cuenta de lo establecido en el tercer párrafo del apartado 3 del citado precepto: “estas deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público”.

En este informe se recomienda, ante el gran número de anomalías o confusión de conceptos que no les permite identificar de forma adecuada la publicación individualizada de cada contrato, tener un especial cuidado y detalle en la información de las publicaciones de estos contratos, puesto que de dicha información depende la verificación posterior de la justificación y adecuación a la norma de estos contratos. También el diferenciar para no confundirse entre los principios de publicidad y transparencia, que debe trasladarse también a las herramientas para el cumplimiento de dichas obligaciones, esto es, las plataformas de contratación

de una parte y, de otra, los portales de transparencia, puesto que cada cual responde a una finalidad y objetivo distintos.

Habiéndose apreciado tanto una progresión de la publicidad de los contratos tramitados por vía de emergencia como una estabilización y descenso de su número, lo cual está relacionado con la situación del país con respecto a la pandemia.

Además de la cuestión de la publicidad de los contratos hay que señalar que el Gobierno ha suspendido los plazos para la tramitación de las consultas en el Portal de Transparencia aprovechando la declaración del estado de alarma (14 de marzo) por la emergencia por el coronavirus. El fundamento para “congelar” el derecho a acceder a la información pública es el previsto en la DA 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, sobre suspensión de plazos administrativos. Con ello elimina la transparencia necesaria para que los ciudadanos conozcan en que se está gastando el dinero de sus impuestos y pueda, de esa forma, controlar a sus gobernantes. La información que se pone a disposición de la ciudadanía por medio de la publicidad activa permite a esta controlar directa o indirectamente, a través de flujos de información públicos, la acción del gobierno. Sin esta herramienta, la actividad de control directo por parte de la ciudadanía queda suspendida y, como mucho se ejerce a posteriori con ciertos problemas como se ha visto. Es normal acudir a este tipo de procesos de flexibilización de los requisitos jurídico-legales en situaciones como las de la pandemia. No obstante, se debería trabajar para que estos datos estuvieran a disposición de la ciudadanía conforme el

nivel de emergencia fuese descendiendo a través de instrumentos ágiles como la automatización.

A largo plazo este tipo de flexibilización de la transparencia puede llevar no solo a dinámicas corruptas, sino que puede afectar a la competencia de mercado, a la falta de aplicación de criterios sociales a la contratación y, en definitiva, a un socavamiento de la legitimidad de las Administraciones Públicas que pueden afectar al normal funcionamiento democrático de los países.

Discusión y Conclusiones

Como se ha podido comprobar, este trabajo versa sobre la contratación durante la pandemia de Covid-19 y, más concretamente, en relación con los instrumentos excepcionales. Así, estos han servido, en términos generales para la aceleración de los procedimientos de compra a partir de la relajación de ciertos procesos de adquisición utilizados normalmente en los contratos administrativos.

Varias de las comunidades autónomas y Melilla han seguido el camino fijado por el Estado en la promulgación de su normativa sobre contratación y rendición de cuentas. Asimismo, otras entidades subestatales y Ceuta han implementado la contratación de emergencia. Dicha adopción obedece a la mimetización con el Estado, pero, también, a la generación de normativa de emergencia en base a la coerción; por lo que se puede afirmar que se cumple con la Hipótesis 1.

La mayoría de las instituciones estudiadas han ampliado su capacidad de decisión a través de la relajación de la normativa y los requisitos legales-procedimentales, así como de la transparencia y la rendición de cuentas; algo que obedece al cálculo estratégico de los decisores públicos para poder controlar la pandemia. No obstante, ha habido comunidades como Castilla y León que, aunque se hayan relajado los requisitos, ha seguido controlando su contratación. Se puede afirmar, en consecuencia, que se cumple la hipótesis 2a y 2b de forma parcial.

En una situación tan grave e imprevisible los gobiernos deben actuar con rapidez para salvar la vida de sus ciudadanos, pero ello no debe ser óbice para cumplir las reglas de publicidad y transparencia, en el caso de los contratos públicos, en cuanto el escenario sanitario mejore.

Con el fin de intentar garantizar la transparencia de la contratación pública de emergencia varias organizaciones de la sociedad civil especializadas en estos temas (Civio, Monitor, Funky Citizens, Access ¡Nfo y Fundacja ePanstwo) en colaboración con Open Contracting Partnership han elaborado varias recomendaciones:

1. El uso de la contratación de emergencia debe justificarse, registrarse y hacerse público
2. Las contrataciones de emergencia son la excepción, no la regla, y deben juzgarse caso por caso
3. Los datos sobre contrataciones de emergencia deben centralizarse en los portales nacionales de contratación electrónica
4. Publicación completa para mantener la confianza
5. Datos abiertos sobre las contrataciones de emergencia
6. Los portales de contratación electrónica deben ser actualizados en el menor tiempo posible
7. Transparencia para evitar la especulación de precios
8. Datos abiertos para reforzar la debida diligencia con los proveedores y prevenir el fraude
9. Hacer públicas las sanciones por actividades fraudulentas y cárteles de licitación
10. Cooperación con la sociedad civil, periodistas de investigación y alertadores

En ese momento es necesario un análisis de los datos de la contratación pública por parte de las autoridades de supervisión que permita evaluar, si acaso a posteriori, qué deficiencias ha habido en las compras realizadas con el objetivo de identificar posibles fraudes, precios anticompetitivos, u otras irregularidades.

El desafío en este punto es desarrollar nuevos indicadores que sirvan para detectar prácticas anticompetitivas o irregulares en procedimientos que, en esencia, carecen de procedimiento. En estas circunstancias, no se cuenta con el mismo lapso o periodo temporal que existía anteriormente para el análisis de los datos de forma que se deben buscar nuevos indicadores, centrados en los outcomes o resultados de los acuerdos, más que a elementos o irregularidades procedimentales.

Es decir, se debe atender a los resultados cualitativos más que a los procesos¹⁰.

La crisis también nos puede brindar la oportunidad de identificar debilidades, siendo este un momento de reflexión y de (mejor) planificación para el futuro, que permita identificar los obstáculos y las posibilidades de innovación. Los mecanismos para obtener soluciones innovadoras pueden incluir la Compra

Pública de Tecnología Innovadora (CPTI) a través de procedimientos abiertos o restringidos, o la adquisición (colaborativa) de soluciones de I+D, a través de la Compra Pública Pre-Comercial (CPP). Ambos instrumentos actúan desde el lado de la demanda para incentivar las innovaciones en beneficio del interés general, en apoyo de una competencia justa en el mercado y del desarrollo económico.

Sería, no obstante, interesante analizar en los próximos meses el estado de los contratos de emergencia durante el covid19 y de ese modo conocer si se han cumplido, con posterioridad, los principios de publicidad y transparencia. Algo que en este momento, por el poco tiempo transcurrido, no es posible totalmente.

¹⁰ La mayoría de los indicadores tradicionales están dirigidos a errores o deficiencias procedimentales: (1) el plazo para la presentación de ofertas; (2) el uso del procedimiento de emergencia u otro procedimiento no competitivo de uso excepcional; (3) contratos celebrados sutilmente por debajo de los umbrales; (4) limitada concurrencia de licitadores; (5) el tiempo invertido en la evaluación de las ofertas es excesivo, (6) las características técnicas o de solvencia que definen el objeto del contrato se ajustan únicamente a una de las empresas, etc. (Miranzo Díaz, 2019).

Bibliografía

- ABELLÁN LÓPEZ, M.A. Rendición de Cuentas y Control Externo en España. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ABELLÁN LÓPEZ, M.A. y PARDO BENEYTO, G. Los sistemas de información y la auditoría informática aplicados a una institución fiscalizadora subestatal: la Sindicatura de Comptes de la Comunidad Valenciana (España), Revista GeSEC, vol.11, n.2, 2020. <http://dx.doi.org/10.7769/gesec.v11i2.1060>
- ALDEGUER, B., ABELLÁN LÓPEZ M.A. y PARDO BENEYTO, G. Estrategias y arreglos institucionales para la efectividad y realización del Buen Gobierno. Una aproximación desde la perspectiva del caso español. En: Elementos para la edificación de un buen gobierno, Hernández, A. y Diego, O. (Coord.). México: INAP, 2020.
- ARELLANO GAULT, D. Corrupción como proceso organizacional: comprendiendo la lógica de la desnormalización de la corrupción. Contaduría y Administración, vol. 62, n. 3, 2017. <https://doi.org/10.1016/j.cya.2016.01.005>
- BERTOT, John C.; JAEGER, Paul T. y GRIMES, Justin. M. Using ICT's to Create a Culture of Transparency: e-Government and Social Media as Openness and Anticorruption Tools for Societies. Government Information Quarterly, vol. 27, 2010.
- COMISIÓN EUROPEA (2020) Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del Covid-19 (2020/C 108 I/01).
- DIMAGGIO, P. J. Interest and Agency in Institutional Theory. En: Institutional Patterns and Organizations: culture and environment, Zucker, L.G. Cambridge, Editora Ballinger 1988.
- DIMAGGIO, P. J. y POWELL, W. W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. American Sociological Review, vol. 48, n.2, 1983.
- EDELMAN, L. B. (1990). Legal Environments and Organizational Governance: The Expansion of Due Process in the American Workplace. American Journal of Sociology, vol.95, n.6, 1990. <https://doi.org/10.1086/229459>

- EDELMAN, L. B. (1992). Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law. *American Journal of Sociology*, vol.97, n.6,1992. <https://doi.org/10.1086/229939>
- EDELMAN, L. B. y SUCHMAN, M. C. The Legal Environments of Organizations. *Annual Review of Sociology*, vol. 23, n.1,1997. <https://doi.org/10.1146/annurev.soc.23.1.479>
- GAMERO CASADO, Eduardo. Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19. Observatorio de Contratación Pública. 2020.
- GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan y KASYMOVA, Jydyz. Not So Universal After All: Exploring the Meaning and Use of Government Transparency in Consensual and Majoritarian Democracies. *Public Integrity*, vol.17, n 4, 2015.
- MEYER, J. W. y ROWAN, B. Institutionalized Organizations: formal structure as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*, vol. 83, n.2, 1997.
- MEIJER, Albert. Understanding computer-mediated transparency. *International Review of Administrative Sciences*, vol. 75, n.2, 2009. doi:[10.1177/0020852309104175](https://doi.org/10.1177/0020852309104175)
- MEIJER, Albert; HART, Paul't y WORTHY, Ben. Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework. *Administration & Society*, vol. 50, n. 4, 2015.
- MIRANZO DÍAZ, Javier. La prevención de la corrupción en la contratación pública. Wolters Kluwer, 2019.
- OIRESCON. Impacto en la contratación pública de las medidas derivadas de la declaración del Estado de Alarma como consecuencia del Covid-19, 2020. Disponible online en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/RSC/Documents/OIRESCON%20Covid-19.pdf> (Visitado el 9 de agosto de 2020).
- OLIVER, C. The Collective Strategy Framework : An Application to Competing Predictions of Isomorphism The Collective Strategy Framework : An Applica- tion to Competing Pre- dictions of Isomorphism. *Administrative Science Quarterly*, vol.33, n.4, 1988.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Disponible en: www.boe.es
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Disponible en: www.boe.es
- Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo. Disponible en: www.boe.es
- SIMON, H. A. Bounded rationality in social science: Today and tomorrow. *Mind & Society*, vol. 1. 2000. <https://doi.org/10.1007/bf02512227>
- SUCHMAN, M. C. Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches. *Academy of Management Review*, vol. 20, n.3, 1995. <https://doi.org/10.5465/AMR.1995.9508080331>
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Contra La Crisis De Salud, Más Transparencia Y Democracia. 2020. Disponible en: <https://transparencia.org.es/ti-espana-francia-e-italia-firman-propuesta-conjunta-para-defender-la-transparencia-durante-la-crisis-del-covid-19/>
- VILLORIA, M. e IZQUIERDO, A. Ética pública y buen gobierno. Madrid: INAP. 2015.
- WORTHY, Ben. More open but not more trusted? The effect of the Freedom of Information Act 2000 on the United Kingdom central government. *Governance*, vol. 23, n.4, 2010.

Carmen Pineda Nebot

Universidad Complutense de Madrid, España

carmenpinedanebot@hotmail.com<http://orcid.org/0000-0001-6101-8560>

Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Licenciada en Ciencia Política y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Coordinadora de Investigación del grupo “Espacios deliberativos y gobernanza pública” (GEGOP). Investigadora en los Grupos de Investigación “Control Social do Gasto Público” (UNESP- FCL), “Administración Pública y Gestión Social” (UFV), “Federalismo y Políticas Educativas” (UFES) y “Gestión Social y del Desarrollo Local” (UNAMA). <http://lattes.cnpq.br/0200014196446151>

Gonzalo Pardo Beneyto

Universidad de Alicante, España

gonzalo.pardo@ua.es<http://orcid.org/0000-0001-7142-1740>

Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Miguel Hernández. Consultor Institucional y Profesor en la Universidad de Alicante y el Instituto Mediterráneo de Estudios de Protocolo.