



Universidad de Oviedo

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

*La figura del contrato menor en la contratación pública
española*

D^a Beatriz Vázquez Fernández

Oviedo, 2022



Universidad de Oviedo

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

*La figura del contrato menor en la contratación
pública española*

D^a Beatriz Vázquez Fernández

Dirigida por el Prof. Dr. D. Javier García Luengo

Oviedo, 2022



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español/Otro Idioma: "LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA"	Inglés: "THE LEGAL CONSTRUCT OF THE MINOR CONTRACT IN SPANISH PUBLIC PROCUREMENT"
2.- Autor	
Nombre: BEATRIZ VÁZQUEZ FERNÁNDEZ	DNI/Pasaporte/NIE: .
Programa de Doctorado: Derecho. (Los nuevos retos del derecho en una sociedad en transformación).	
Órgano responsable: Comisión Académica del Programa de Doctorado en Derecho	

RESUMEN (en español)

La figura del contrato menor es, sin duda, una de las cuestiones más controvertidas en la contratación pública española. Su escasa regulación en las diferentes normas contractuales que se han promulgado en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de la historia no ha hecho sino favorecer la falta de seguridad jurídica en la aplicación de este procedimiento; lo que sumado a un uso inadecuado del mismo como consecuencia de una interpretación errónea de la flexibilidad que lo caracteriza, ha supuesto un abuso sistemático por parte de ciertos poderes adjudicadores.

Así, frente a un amplio desarrollo normativo en otros aspectos propios de la regulación contractual española, esta figura ha ocupado una muy breve atención por parte del legislador; bien entendido, puesto que su aplicación práctica se debería limitar a situaciones puntuales. Sin embargo, la realidad de quienes, de una manera u otra, han de convivir con este instrumento contractual -ya sean, poderes adjudicadores, operadores económicos o tribunales- deja patente la necesidad de aclarar y profundizar numerosos aspectos de la norma que son inconcretos y que podrían derivar en una inadecuada interpretación.

Simultáneamente, la globalización de las compras públicas, el incremento de la actividad contractual del sector público y la obligación de actuar con total transparencia en las transacciones públicas, traen consigo la necesidad de dar respuesta a las causas que favorecen una aplicación laxa de los principios contractuales en esta figura, que es, sin duda, la punta de lanza de la controversia sobre la misma.



El análisis de las figuras existentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y que podrían resultar equiparables a nuestro contrato menor, nos puede ayudar a dar respuestas a las controversias que encontramos en la aplicación de la regulación nacional, y a descubrir que existen errores y también aciertos en esta figura tan denostada por la doctrina, entendiéndose que, el uso de las múltiples alternativas que el legislador ha creado mediante otros procedimientos jurídicos ágiles de contratación pública, son la respuesta a muchas de las controversias surgidas por un empleo equivocado de las adjudicaciones directas, promoviendo así la necesidad de conservar esta figura en nuestro ordenamiento, frente a la demanda férrea de aquellos que abogan por la desaparición del contrato menor. Para ello, resulta imprescindible la profesionalización de los gestores públicos que aplican las normas contractuales con la finalidad de conocer todas las posibilidades que contempla la ley para evitar acudir de forma recurrente a las adjudicaciones directas y dar así la respuesta más adecuada en cada caso, a las necesidades del órgano de contratación.

El objeto del presente estudio nace como consecuencia de la necesidad práctica personal de afrontar un profundo análisis sobre esta figura con la finalidad de aportar claridad sobre todos los aspectos que la norma no regula de manera concreta; y con la aspiración de que, un análisis detallado y global de la norma, la doctrina y la jurisprudencia, nos permita proponer al legislador elementos que clarifiquen los errores interpretativos y den luz a los vacíos de la regulación vigente; y al mismo tiempo, dar respuestas sólidas a quienes han de interpretar a diario la regulación sobre los contratos públicos, para que puedan realizar contrataciones bajo el paraguas de la figura del contrato menor con total seguridad jurídica.

RESUMEN (en inglés)

The figure of the minor contract is, without a doubt, one of the most controversial issues in Spanish public procurement. Its scant regulation in the different contractual norms that have been promulgated in our legal system throughout history has only contributed to the lack of legal certainty in the application of this procedure, which, added to its inappropriate use as a consequence of an erroneous interpretation of the flexibility that characterizes it, has resulted to systematic abuse by certain contracting



authorities.

Thus, in the face of extensive regulatory development in other aspects of Spanish contract regulation, this figure has received very brief attention from the legislator; well understood, since its practical application should be limited to specific situations. However, the reality of those who, in one way or another, have to coexist with this contractual instrument -whether they are contracting authorities, economic operators or courts- makes clear the need to clarify and deepen numerous aspects of the regulation that are vague and that could lead to an inappropriate interpretation.

Simultaneously, the globalization of public purchases, the increase in contractual activity in the public sector and the obligation to act with total transparency in public transactions, bring with them the need to respond to the causes that favor a lax application of contractual principles in this figure, which is undoubtedly, the spearhead of the controversy over it.

The analysis of the existing figures in other legal systems of our environment that could be comparable to our minor contract, can help us to give answers to the controversies that we find in the application of the national regulation and to discover that there are errors and also successes in this figure so reviled by the doctrine, understanding that, the use of the multiple alternatives that the legislator has created through other agile legal procedures of public procurement are the answer to many of the controversies arising from the wrong use of direct awards, thus promoting the need to preserve this figure in our legal system, in the face of the strong demand of those who advocate the disappearance of the minor contract. For this, it is essential to professionalize the public managers who apply the contractual rules, in order to know all the possibilities contemplated by law to avoid recurring to direct awards and thus give the most appropriate response in each case, to the needs of the contracting authority.

The object of this study arises as a consequence of the personal practical need to face a deep analysis on this figure in order to provide clarity on all the aspects that the norm does not specifically regulate, and with the aspiration that, a detailed and global analysis of the norm, doctrine and jurisprudence, allows us to propose to the legislator elements

A mi madre, Teresa

CTEA

Índice

	Págs.
AGRADECIMIENTOS.....	7
ABREVIATURAS	9
RESUMEN	12
ABSTRACT	14
INTRODUCCIÓN.....	16
LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR: CONCEPTO Y SINGULARIDADES.....	16
CAPITULO I.....	26
PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	26
1.1. EL DERECHO CONTRACTUAL COMO INSTRUMENTO NORMATIVO GLOBAL	28
1.2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	37
1.2.1. Principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores	41
1.2.2. Principio de libertad en el acceso a las licitaciones.....	47
1.2.3. Principio de Transparencia de los procedimientos.....	52
1.2.4. Principio de Publicidad	58
1.2.5. Nuevos principios en la contratación pública: especial estudio del Principio de Integridad	62
1.3. LA MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR	76
1.4. JUSTIFICACION DE LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR	87
1.4.1. Origen y fundamento.....	90
1.4.2. Naturaleza.....	111
CAPITULO II.....	120
ALTERNATIVAS A LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR.....	120
2.1. SISTEMAS DE RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	121
2.1.1. Acuerdos Marco	124
2.1.2. Sistemas dinámicos de adquisición	134
2.1.3. Centrales de contratación	139
2.1.4. Subastas y catálogos electrónicos.....	143
2.1.4.1. Las Subastas electrónicas	144
2.1.4.2. Los Catálogos electrónicos.....	146
2.1.5. La Compra conjunta esporádica	148

2.2. PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO SUMARIO.....	151
2.2.1. El Procedimiento Abierto Simplificado	153
2.2.2. El Procedimiento Abierto Simplificado Sumario.....	165
CAPITULO III	170
ELABORACIÓN Y DESARROLLO DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO MENOR EN LA LEY DE 2017	170
3.1. ANTECEDENTES	170
3.2. EVOLUCIÓN Y ALCANCE DE LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR.	171
3.3. EL ALCANCE DEL CONTRATO MENOR: PREPARACIÓN ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN	190
3.3.1. Ámbito de aplicación.....	190
3.3.1.5. Análisis del controvertido artículo 118.3 LCSP.....	216
3.4. ADJUDICACIÓN	235
3.4.1. Adjudicación y formalización	235
3.4.2. Publicidad.....	247
3.5. EJECUCIÓN	258
3.5.1. Subcontratación y Cesión.....	258
3.5.2. Penalizaciones por incumplimiento del contrato menor	263
3.5.3. Modificaciones	266
CAPITULO IV	299
UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO	299
4.1. PORTUGAL.....	299
4.2. ALEMANIA.....	306
4.3. ITALIA.....	310
4.4. FRANCIA.....	315
4.5. CHILE	319
CONCLUSIONES.....	328
BIBLIOGRAFÍA	337
ANEXOS	354
I. ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES INTERPRETACIONES DEL ARTICULO 118 LCSP REALIZADAS POR LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN DE ESPAÑA	354
1.1. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón del 18 de febrero de 2018, núm. 3/2018.....	355
1.2. Expedientes 41/2017 y 42/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.....	358

1.3.	Informe 1/2018, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid.....	361
1.4.	Recomendación 1/2018, de 11 de abril, la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco.....	362
1.5.	Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión permanente)	364
1.6.	Informe 1/2018, de 25 de abril, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia....	366
1.7.	Recomendación 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sobre Contratos Menores del 21 de junio de 2018 e Informe 1/2018 de la misma Junta Consultiva sobre aspectos concretos de contratos menores, órgano de contratación y publicidad.....	368
1.8.	Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura del 18 de mayo de 2018, núm. 1/2018, sobre tramitación de los contratos menores.....	370
1.9.	Informes núm. 4/2018 y núm. 8/2018 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana de 15 de junio de 2018.....	372
1.10.	Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía del 12 de julio de 2018, núm. 6/2018	374
II.EL CONTRATO MENOR EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS.....		376

«Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente, escritas sobre un tablero blanco (el llamado “álbum”), para que fuesen vistas por todos. Es feo que algunos hagan uso de las leyes para enredar en ellas al mayor número posible, no como quien vela por el interés de la república, sino como quien captura una presa.

Finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman jurisconsultos y abogados. Esta profesión en otro tiempo estuvo reservada a los hombres más excelentes, gozaba de gran dignidad y no buscaba en absoluto el lucro, pero en la actualidad, el afán de ganancias, que todo lo vicia, la ha corrompido.»

(Erasmus de Rotterdam, Institutio Principios Christiani, 1516)

AGRADECIMIENTOS

No podría finalizar este trabajo sin mostrar mi más sentido agradecimiento a quienes me han acompañado durante el intenso periplo que ha supuesto esta investigación, los cuales, han contribuido, de una u otra manera, a llevarla a buen término.

En primer lugar, quiero agradecer a mi director, el profesor y catedrático Javier García Luengo, su confianza y apoyo desde el momento en que le mostré mi interés por iniciar esta tarea investigadora; no sólo ha sido mi guía a lo largo de este camino, con su profesionalidad y sus conocimientos, sino que su calidad humana ha superado cualquier posible expectativa que hubiera podido imaginar.

Así mismo, quiero mostrar mi agradecimiento al Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo, en la figura de su director, el profesor Alejandro J. Huergo Lora; y a la Escuela Politécnica de Mieres, especialmente a su directora, la profesora Asunción Cámara Obregón, y a su subdirector, el profesor, Marcos Barrio Anta; al Departamento de Biología de Organismos y Sistemas, especialmente a los profesores José Alberto Oliveira Prendes, Elías Afif Khouri y Pedro Palencia García, por sus consejos y apoyo, y por el cariño con el que me han acogido. A los compañeros del Área de Modelización, hidro-geofísica y ensayos no destructivos, en especial a Carlos Javier Suárez Lázare por su apoyo constante, a quien le deseo grandes éxitos profesionales y personales. Y, como no, a todo el personal de la Escuela, ordenanzas, miembros de la seguridad del campus, servicio de limpieza y mantenimiento, etc., todos ellos de la mano de María Belén Rodríguez López, jefa del Servicio de Administración. Agradecer también, a todo el personal de la Biblioteca de Ciencias Jurídico-Sociales de la Universidad de Oviedo, su profesionalidad y diligencia ante las necesidades planteadas por esta investigadora.

A quienes han confiado en mí a lo largo de estos años para la divulgación de esta investigación a través de manuales, artículos y ponencias; por tanto, mi agradecimiento a Jaime Pintos Santiago, al Observatorio de Contratación Pública, al Ayuntamiento de Fuengirola, al Consejo Insular de Ibiza, a la European Vortal Academy; a las instituciones organizadoras del Congreso Nacional de Contratación Pública Electrónica y del Congreso Internacional de Contratación Pública; y a las revistas especializadas, Contratación Administrativa práctica y Gabilex; a todos ellos, mi más sincera gratitud.

A la institución en la que desarrollo mi labor profesional como jefa del Departamento de Contratación, el Ayuntamiento de Langreo; en donde tanto he aprendido y a cuyos ciudadanos confío en poder brindar mis conocimientos y esfuerzos para lograr la mejor gestión que esta humilde funcionaria les pueda ofrecer.

A todos mis amigos quiero agradecerles su paciencia, sus ánimos y su interés por una materia que a muchos les resulta ajena. Gracias en especial a Lorena, Irene, Raquel, Isa, Carlos, Pedro, Diego, Miki, Lourdes, Elena, Andrea, Javi, Marta, Marián, Ana, Alba, y tantos otros que por falta de espacio no caben en esta lista y ruego me disculpen; su apoyo y comprensión han sido un estímulo en los momentos más duros.

Gracias a mi familia, en especial a mi ahijado y sobrino Ramiro, por seguir esperándome a pesar de todas las tardes de juegos que le debo; espero poder compensarte. A mis abuelos Vicente y Amor (*in memoriam*), modelo de personas a las que algún día, aspiro a parecerme. Y, finalmente, quiero hacer mención especial a quien le debo todo lo que soy en la vida, a mi madre, Teresa. Ella ha sido el modelo para forjar mis valores de vida; me ha enseñado la importancia de la entrega incondicional a los demás, el esfuerzo que requiere el trabajo bien hecho y la grandeza de disfrutar el camino a pesar de las caídas; no hay palabras para agradecer tanto amor.

Gracias a todos

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CCP	Codice dei contratti pubblici
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CPV	Common procurement Vocabulary
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
Directiva 2014/24/UE	Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
Directiva 2014/23/UE	Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a contratos de concesión
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EELL	Entidades Locales
ENAC	Entidad Nacional de Acreditación
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
JJCC	Juntas Consultivas
LCSP	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
LGSub	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
OCEX	Órgano de Control Externo de las Comunidades Autónomas
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública
PANAP	Poder Adjudicador no Administración Pública
PCAP	Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares
PLACSP	Plataforma de Contratación del Sector Público
PLCSP	Proyecto de Ley 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.
PPT	Pliego de Prescripciones Técnicas
PYMEs	Pequeñas y Medianas Empresas
RD	Real Decreto
REALA	Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica
ROLECE	Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado
SARA	Contrato Sujeto a Regulación Armonizada
SDA	Sistema Dinámico de Adquisición
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLCS	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UTM	Unidad Tributaria Mensual Chilena

RESUMEN

La figura del contrato menor es, sin duda, una de las cuestiones más controvertidas en la contratación pública española. Su escasa regulación en las diferentes normas contractuales que se han promulgado en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de la historia, no ha hecho sino favorecer la falta de seguridad jurídica en la aplicación de este procedimiento; lo que sumado a un uso inadecuado del mismo como consecuencia de una interpretación errónea de la flexibilidad que lo caracteriza, ha supuesto un abuso sistemático por parte de ciertos poderes adjudicadores.

Así, frente a un amplio desarrollo normativo en otros aspectos propios de la regulación contractual española, esta figura ha ocupado una muy breve atención por parte del legislador; bien entendido, puesto que su aplicación práctica se debería limitar a situaciones puntuales. Sin embargo, la realidad de quienes, de una manera u otra, han de convivir con este instrumento contractual -ya sean, poderes adjudicadores, operadores económicos o tribunales- deja patente la necesidad de aclarar y profundizar numerosos aspectos de la norma que son inconcretos y que podrían derivar en una inadecuada interpretación.

Simultáneamente, la globalización de las compras públicas, el incremento de la actividad contractual del sector público y la obligación de actuar con total transparencia en las transacciones públicas, traen consigo la necesidad de dar respuesta a las causas que favorecen una aplicación laxa de los principios contractuales en esta figura, que es, sin duda, la punta de lanza de la controversia sobre la misma.

El análisis de las figuras existentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y que podrían resultar equiparables a nuestro contrato menor, nos puede ayudar a dar respuestas a las controversias que encontramos en la aplicación de la regulación nacional, y a descubrir que existen errores y también aciertos en esta figura tan denostada por la doctrina, entendiendo que, el uso de las múltiples alternativas que el legislador ha creado mediante otros procedimientos jurídicos ágiles de contratación pública, son la respuesta a muchas de las controversias surgidas por un empleo equivocado de las adjudicaciones directas, promoviendo así la necesidad de conservar esta figura en nuestro ordenamiento, frente a la demanda férrea de aquellos que abogan por la desaparición del contrato menor.

Para ello, resulta imprescindible la profesionalización de los gestores públicos que aplican las normas contractuales con la finalidad de conocer todas las posibilidades que contempla la ley para evitar acudir de forma recurrente a las adjudicaciones directas y dar así la respuesta más adecuada en cada caso, a las necesidades del órgano de contratación.

El objeto del presente estudio nace como consecuencia de la necesidad práctica personal de afrontar un profundo análisis sobre esta figura con la finalidad de aportar claridad sobre todos los aspectos que la norma no regula de manera concreta; y con la aspiración de que, un análisis detallado y global de la norma, la doctrina y la jurisprudencia, nos permita proponer al legislador elementos que clarifiquen los errores interpretativos y den luz a los vacíos de la regulación vigente; y al mismo tiempo, dar respuestas sólidas a quienes han de interpretar a diario la regulación sobre los contratos públicos, para que puedan realizar contrataciones bajo el paraguas de la figura del contrato menor con total seguridad jurídica.

ABSTRACT

The figure of the minor contract is, without a doubt, one of the most controversial issues in Spanish public procurement. Its scant regulation in the different contractual norms that have been promulgated in our legal system throughout history, has only contributed to the lack of legal certainty in the application of this procedure, which, added to its inappropriate use as a consequence of an erroneous interpretation of the flexibility that characterizes it, has resulted to systematic abuse by certain contracting authorities.

Thus, in the face of extensive regulatory development in other aspects of Spanish contract regulation, this figure has received very brief attention from the legislator; well understood, since its practical application should be limited to specific situations. However, the reality of those who, in one way or another, have to coexist with this contractual instrument -whether they are contracting authorities, economic operators or courts- makes clear the need to clarify and deepen numerous aspects of the regulation that are vague and that could lead to an inappropriate interpretation.

Simultaneously, the globalization of public purchases, the increase in contractual activity in the public sector and the obligation to act with total transparency in public transactions, bring with them the need to respond to the causes that favor a lax application of contractual principles in this figure, which is undoubtedly, the spearhead of the controversy over it.

The analysis of the existing figures in other legal systems of our environment that could be comparable to our minor contract, can help us to give answers to the controversies that we find in the application of the national regulation and to discover that there are errors and also successes in this figure so reviled by the doctrine, understanding that, the use of the multiple alternatives that the legislator has created through other agile legal procedures of public procurement are the answer to many of the controversies arising from the wrong use of direct awards, thus promoting the need to preserve this figure in our legal system, in the face of the strong demand of those who advocate the disappearance of the minor contract. For this, it is essential to professionalize the public managers who apply the contractual rules, in order to know all the possibilities

contemplated by law to avoid recurring to direct awards and thus give the most appropriate response in each case, to the needs of the contracting authority.

The object of this study arises as a consequence of the personal practical need to face a deep analysis on this figure in order to provide clarity on all the aspects that the norm does not specifically regulate, and with the aspiration that, a detailed and global analysis of the norm, doctrine and jurisprudence, allows us to propose to the legislator elements that clarify the interpretative errors and give light to the gaps in the current regulation; and at the same time, give solid answers to those who have to interpret the regulation on public contracts on a daily basis, so that they can make contracts under the umbrella of the figure of the minor contract with total legal certainty.

INTRODUCCIÓN

LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR: CONCEPTO Y SINGULARIDADES

A pesar de lo mucho que se ha hablado y se continúa hablando de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del contrato menor y, a pesar de la multitud de informes, recomendaciones, interpretaciones y sentencias que se refieren a esta figura de contratación pública española, lo cierto es, que continúa existiendo cierta confusión e innumerables lagunas con respecto a la misma.

Sin duda, a la clarificación de dicha confusión no han contribuido las últimas actuaciones legislativas¹; y a ello debemos sumar que, en ninguna de las menciones a esta figura de la Ley de Contratos del Sector Público², se encuentra una definición del contrato menor.

Es por ello por lo que, dada esta situación de confusión y vacío conceptual sobre la figura del contrato menor, queremos abordar esta cuestión al iniciar el presente estudio, al entender que, de su regulación en la LCSP, sí resulta posible extraer el elemento característico que vertebra a esta figura y que incardina el resto de los elementos que la componen. Esta cualidad singular que permite identificar al contrato menor como tal, no es otra que la de ser un instrumento que, sobre la justificación de la escasa cuantía de los contratos objeto de su alcance, estos, se pueden llevar a cabo mediante adjudicación directa, es decir, sin necesidad alguna de ser sometidos a un procedimiento de licitación pública.

¹ Los cambios introducidos en la redacción inicial del artículo 118 LCSP, como en sus posteriores modificaciones, han supuesto que esta figura haya sido objeto de innumerables interpretaciones por la doctrina y los tribunales, lo que es, sin duda, consecuencia y muestra de la falta de su concreción.

² A lo largo de un total de diez artículos, cuatro disposiciones adicionales y una disposición final de la LCSP, se establecen normas referidas a las obligaciones de esta figura en cuanto a su publicidad, duración, ausencia de formalización, respecto al contenido que ha de obrar en su expediente, remisión al Tribunal de Cuentas, etc., pero en ninguno de ellos encontramos una definición formal de este concepto.

Así, sin perjuicio de la existencia de otras características innegables que le son propias, tales como el establecimiento de unos límites temporales o económicos de aplicación³, la capacidad atribuida a este elemento de la contratación pública, es decir, la facultad de elegir libremente al contratista y, por tanto, de manera discrecional -aunque no por ello arbitraria- sin someter sus actuaciones a los principios generales del derecho; se alza como el pilar fundamental que, en definitiva, viene a conformar su idiosincrasia⁴.

Esta capacidad excepcional⁵ con la que se ha facultado al contrato menor desde su creación, se encuentra amparada en la propia ley de contratos cuando señala de manera específica en el artículo 131.3 LCSP que, “[l]os contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118”.

A mayor abundamiento, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado nos recuerda que no se trata de una concepción novedosa, sino que ésta es una noción clásica propia de esta figura contractual señalando que, “en el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo

³ El elemento económico de los contratos menores ha sido modificado con el paso de los años en las distintas regulaciones normativas, por lo que, aunque característico de esta figura, no se puede considerar como su elemento estructural.

⁴ Y que al mismo tiempo se ha convertido en su propia condena; como indica Villanueva Cuevas, A., en las conclusiones a la obra “La contratación menor en España. Su problemática regulación y una propuesta de futuro”, *Revista Wolters Kluwer España*, Madrid, marzo 2021, (consultado en www.laley.com); *el problema esencial de la contratación menor es que es un supuesto de adjudicación directa, y ello, realmente, genera todas las controversias sobre su régimen jurídico*.

⁵ Puesto que el resto de los procedimientos de nuestro ordenamiento se deben someter a la aplicación de las reglas comunes de la selección del contratista, según palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 8/2020, de 12 de febrero de 2021, p. 9. “*El contrato menor, en la regulación española, constituye una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista, y de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación*”.

que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía⁶”.

Esta misma JCCPE refuerza este argumento al señalar que *“esta tramitación tan escueta refuerza la conclusión de que el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurran múltiples licitadores⁷; y nos recuerda que esta preterición de todo procedimiento de licitación, es igualmente característica de las sucesivas normas que en el derecho español han regulado el contrato menor como una figura que nos es característica y que, curiosamente, también goza de vigor en Europa”*, dado que en el ámbito comunitario existen numerosas normas en las que no resulta exigible ningún tipo de publicidad, ni previa ni posterior a su adjudicación, ni la necesidad de solicitar un número mínimo de ofertas. A modo de ejemplo, señalar los contratos de escasa cuantía, estos son, los inferiores a sesenta mil euros; y los de muy escasa cuantía o inferiores a quince mil euros, que recoge el Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión⁸.

Más recientemente, esta Junta Consultiva, ha señalado, al respecto de la necesidad de incorporar el preceptivo informe del secretario municipal en el expediente de los contratos menores que, *“esta tramitación establecida de forma excepcional refuerza la conclusión*

⁶ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, 98/2018, de 4 de marzo de 2019; que nos recuerda, además, que *esta forma de adjudicación directa ni es nueva ni es extraña en el derecho comunitario, y que tanto en el ámbito nacional como en el europeo se contempla la adjudicación de contratos de manera directa, sin publicidad previa ni procedimiento competitivo en aquellos contratos de valor estimado muy escaso.*

⁷ Informe 8/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 12 de febrero de 2021.

⁸ Otro ejemplo señalado en el informe 8/2020 de la JCCPE, es el Reglamento (CE) 1370/2007, en cuyos apartados 2 a 6 del artículo 5, establece un conjunto de supuestos específicos de adjudicación directa en los contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros en autobús o tranvía; y en el que señala que *resulta enormemente significativo el hecho de que la propia norma indique cuál es el sentido de la adjudicación directa para el derecho comunitario describiéndola legalmente como la adjudicación de un contrato de servicio público a un operador de servicio público determinado en ausencia de todo procedimiento previo de licitación (artículo 2.h) del Reglamento (CE) 1370/2007.*

de que el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, y que requiere la tramitación específica recogida en este precepto⁹”.

Así mismo, encontramos que, tanto las resoluciones de los tribunales¹⁰ como la doctrina¹¹ emplean la expresión “*adjudicación directa*”, para referirse al contrato menor, por ser la que identifica y singulariza este procedimiento; y hasta tal punto llega la identificación de esta característica con la figura referida, que actualmente, se emplean ambos términos de forma indiferente, de tal manera que se vienen a considerar conceptos equivalentes.

Finalmente, encontramos un precepto en la ley, que se refiere expresamente a las adjudicaciones directas realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública; se trata del artículo 318 LCSP que, aunque comparte algunas de las características propias del contrato menor, mantiene algunas diferencias sustanciales con dicho procedimiento y que será objeto de un detallado análisis en este trabajo.

Debemos señalar que, en ocasiones, esta característica propia del contrato menor, podría hacer que se llegara a confundir este procedimiento con el procedimiento

⁹ Nuevamente al respecto, un pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 21/2021, de la Junta Consultiva de 14 de junio de 2021. Asunto: Emisión de informe por el Secretario de la Corporación Municipal en los contratos menores.

¹⁰ A modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 28 de octubre de 2019 (rec. 56/2018), en una causa de prevaricación administrativa por fraccionamiento del objeto del contrato señala que *la finalidad del contrato menor es posibilitar a las Administraciones Públicas una rápida satisfacción de necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obra y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrencia. Este tipo de contratos, según el precepto indicado, pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el art. 111.*

¹¹ Resultaría imposible enumerar la gran cantidad de obras doctrinales en las que se emplea este concepto para referirse al contrato menor; a modo de ejemplo: Moreno Molina, J.A. “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, pp. 49-86, en concreto, p. 52; especialmente al referirse a las diferentes sentencias del TJUE condenando al Estado español por permitir la utilización del sistema de contratación directa en supuestos no permitidos. También, García Álvarez, G. “¿Jaque a la contratación directa? El controvertido régimen de los contratos menores”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, pp. 245-295, emplea este término sin dilación para titular el referido artículo doctrinal; siendo una práctica habitual.

negociado sin publicidad¹², sin embargo, es necesario poner de manifiesto que la adjudicación directa no se puede atribuir a este tipo de procedimiento, puesto que, si algo caracteriza al sistema negociado, es que resulta imprescindible la obligación de efectuar la oportuna negociación con el futuro adjudicatario, ya que de no llevarse a cabo la misma, se estaría infringiendo uno de sus elementos fundamentales y, como nos recuerda el Prof. GIMENO FELIÚ, “*una de las prácticas de corrupción más habituales (en la contratación pública) es recurrir al seguimiento negociado cuando no se dan las circunstancias para ello y no negociando sino utilizando el procedimiento como sistema de adjudicación directa*”¹³; incluidos los supuestos referidos al procedimiento negociado sin publicidad, en los que los términos de la contratación también deberán negociarse y figurar en el oportuno expediente.

Por otro lado, creemos que sí se puede hablar de adjudicación directa en aquellos supuestos en los que resulte necesaria la tramitación de emergencia de un procedimiento contractual, puesto que se autoriza al órgano contratante a ordenar la ejecución de las actuaciones que puedan resultar necesarias para remediar el acontecimiento producido o

¹² Recogido en los artículos 166 y ss. LCSP; y cuya confusión fue puesta de manifiesto entre otros autores por Nicolás Lucas, A., Capítulo V: “*Contratación Administrativa. El régimen jurídico de los contratos menores y su relación con el procedimiento negociado sin publicidad*”, en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, coordinada por Sosa Wagner, F., pp. 1811-1840, en concreto, p.1819 y ss. y por Benítez Morcillo, B., en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2002, coordinada por Ariño Ortiz, G., “Artículo 56º Contratos menores”, pp. 768-771, en concreto, pp. 768 y 769, al señalar que “*la exclusiva configuración de la categoría en atención a las cuantías y su coincidencia en importe con las cantidades fijadas para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad han producido no pocas confusiones entre estos conceptos. Esta confusión fue diáfananamente disipada mediante el informe de la JCCA 40/1995, de 7 de marzo, que señala en sus conclusiones: «Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:*

1. *Que la celebración de un contrato menor solo únicamente requiere los requisitos establecidos en el artículo 57 de la ley de contratos de las administraciones públicas, en relación con los artículos 121, 177 y 202, sin perjuicio de los que, con carácter general, resultan del artículo 11 de la propia ley en los términos establecidos en el cuerpo de este informe.*
2. *Que la posible coincidencia de cifras que determinan la posibilidad de acudir al contrato menor o al procedimiento negociado sin publicidad debe ser resulta por el órgano de contratación, debiendo tramitarse el expediente con sujeción a las normas generales de la Ley, salvo las específicas de otro procedimiento o forma de adjudicación y, a la específica de su artículo 93, si se opta por el segundo término de la alternativa»”.*

¹³ Gimeno Feliú, J.M., “La ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 147, 2010, pp. 527- 535, en concreto, p. 525.

la necesidad sobrevenida¹⁴, libremente, sin tramitar expediente alguno¹⁵. Ahora bien, los supuestos de aplicación, tal y como su propio nombre indica, se restringen a hechos catastróficos, a situaciones de grave peligro y a necesidades que afecten a la defensa nacional, por lo que esta limitada casuística y el hecho de circunscribir la contratación exclusivamente a las partes imprescindibles para remediar el hecho catastrófico acaecido -debiendo tramitar el resto de actuaciones a través de un procedimiento ordinario- hacen que la tramitación de emergencia se distancie significativamente de la contratación menor.

Para finalizar, no queremos dejar de referirnos a la posible eliminación de esta característica -inherente al contrato menor y basada en la posibilidad de llevar a cabo adjudicaciones directas- tras la publicación de la primera Instrucción de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación¹⁶; y ello porque, pudiera parecer que, tal y como recoge la referida Instrucción, el hecho de exigir la necesaria solicitud de, al menos, tres peticiones de ofertas antes de proceder a la adjudicación de un

¹⁴ Y solo para éstas puesto que, *las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.* (Artículo 120.2 LCSP)

¹⁵ Artículo 120 LCSP. Tramitación de emergencia: “1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

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

¹⁶ Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En apartados posteriores de este trabajo analizaremos detalladamente los extremos de esta Instrucción, así como las reacciones e interpretaciones referidas a su carácter vinculante para todos órganos de contratación pública; pero en este punto hemos querido centrarnos únicamente en la exigencia, según la cual, deben obrar en el expediente de contratación menor, tres peticiones de ofertas, para valorar si su aprobación elimina el carácter de adjudicación directa reconocido a esta figura.

contrato menor¹⁷, eliminaría en cierta medida la potestad del órgano de contratación de elegir libremente al contratista; aunque si bien, y a la postre, dado que la petición de dichas ofertas es realizada por el propio órgano de contratación, entendemos que tal consulta se dirigirá a aquellos empresarios que este considera adecuados para su ejecución, permitiendo así que la discrecionalidad en la elección del contratista se mantenga.

Al respecto de la existencia de tres ofertas en el expediente de un contrato menor, ya se había pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el año 2009¹⁸, en el informe emitido tras la consulta de la alcaldesa del Ayuntamiento de Cabeza la Vaca-Badajoz, al plantear la disyuntiva existente entre la regulación de los contratos menores de la norma contractual vigente en ese momento, esta es, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y el artículo 31.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al señalar que *“cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención”*. Y ello porque, tal y como se plantea en el escrito presentado por la referida regidora local, en el momento de la redacción de la LGSUB, las cuantías eran coincidentes con la ley de Contratos del año 2000; sin embargo,

¹⁷ Apartado III de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIRESCON, sobre el expediente del contrato menor:

“4. En los términos ya expresados en el epígrafe anterior y con el fin de velar por la mayor concurrencia, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas que se incorporarán al expediente junto con la justificación de la selección de la oferta de mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración, tal y como se ha indicado en el primer punto. De no ser posible lo anterior, debe incorporarse al expediente la justificación motivada de tal extremo”.

¹⁸ Informe 38/2009, de la JCCPE, de 1 de febrero de 2010. Régimen de aplicación de la tramitación del procedimiento de adjudicación de los contratos de las reglas derivadas de la concesión de subvenciones. Si bien se trata de un informe del año 2009, creemos que está plenamente actualizado, puesto que la cuestión sobre la incorporación de tres ofertas al expediente de contratación menor no es una novedad introducida por la Instrucción 1/2019, de la OIRESCON.

el incremento de los límites de las cuantías para los contratos menores llevado a cabo en el TRLCSP, hacía plantearse si, estando ante una subvención de cuantía superior a la señalada en el artículo 31.3 de la LGSUB, pero inferior a los de la vigente ley de contratos, era exigible la concurrencia de tres ofertas en el expediente, o si por el contrario, cabría una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, al entender que, las cuantías exigidas en la LGSUB dejan de ser obligatorias ajustándose la actuación del expediente a los nuevos límites de la norma contractual. Por tanto, la cuestión estriba en si, tras el incremento de las cuantías del contrato menor en la norma contractual, deberían mantenerse los límites de actuación establecidos en la LGSUB e incorporar tres presupuestos al expediente a pesar de tratarse de cuantías inferiores a las reguladas en el TRLCSP; o si cabría la posibilidad de equiparar esas cuantías máximas de adjudicación de manera automática a los nuevos límites del TRLCSP en dichos supuestos¹⁹.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no advierte conflicto alguno entre los preceptos objeto de consulta puesto que los principios de ambas normas son coincidentes -concurrencia, igualdad, no discriminación y transparencia- y entiende por tanto que ambas normas pueden convivir a pesar de las diferentes cuantías que se regulan en ellas, advirtiendo al mismo tiempo de la *necesidad de realizar una interpretación que favorezca su complementariedad en la medida de lo posible* al destacar que, aunque dado que *la Ley de Contratos del Sector Público regula la forma en que deben ser adjudicados los contratos menores, admitiendo su adjudicación directa*, el artículo 133.1 de la Ley General de Subvenciones introduce ciertas limitaciones a la adjudicación directa de las administraciones públicas, en la materia que le es propia, con respecto a la regulación de la Ley de Contratos.

Volviendo a la exigencia de la OIRESCON, debemos destacar que con ella no se acude a una mayor defensa de los principios generales de la contratación puesto que, el hecho de que se trate de una petición a iniciativa del propio órgano de contratación, en lugar de someter sus necesidades al principio de publicidad, elimina toda libertad de participación

¹⁹ Sin duda, esta cuestión puso de manifiesto la necesidad de ajustar la Ley General de Subvenciones a la aprobación de la nueva norma contractual, cuya modificación se produjo dando una nueva redacción al artículo 31.3 LGS por la disposición final 5ª de la ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. BOE núm. 131, de 2 de junio de 2011. Esta modificación supuso la eliminación de las referencias económicas; evitando así la posibilidad de cualquier confusión con la norma contractual.

al conjunto del mercado. Por otro lado, la propia instrucción señala que *de no ser posible lo anterior*, -refiriéndose a la exigencia de disponer de tres ofertas en el expediente de contratación menor- *debe incorporarse al expediente la justificación motivada de tal extremo*, por lo que este requisito se diluye fácilmente. A mayor abundamiento, aún habiendo solicitado esas tres o más ofertas y, en caso de haber recibido las correspondientes respuestas positivas por parte del mercado; nada se dice en la Instrucción de la necesidad de establecer un criterio de selección entre las propuestas recibidas, más allá de la necesaria justificación de la selección de la oferta que suponga una mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración²⁰. Pero, sin la exigencia de la determinación previa de unos criterios de adjudicación²¹ que otorguen la seguridad jurídica necesaria para obtener una verdadera elección calidad-precio, la ausencia del establecimiento previo de la ponderación a aplicar a las ofertas recibidas que conlleva la justificación de la motivación de la decisión del órgano conforme al criterio elegido por este en cada caso; nos encontramos de nuevo en el punto de partida, es decir, a otorgar a esta figura la posibilidad de realizar adjudicaciones de manera directa²², aún habiendo cumplido con la obligación de incorporar en el expediente de contratación, la justificación de petición de tres ofertas y, por tanto, a pesar de su legalidad, haciendo desconfiar al mercado de la objetividad en la adjudicación del contrato.

²⁰ Apartado III de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIRESCON, sobre el expediente del contrato menor:

“4. En los términos ya expresados en el epígrafe anterior y con el fin de velar por la mayor concurrencia, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas que se incorporarán al expediente junto con la justificación de la selección de la oferta de mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración, tal y como se ha indicado en el primer punto. De no ser posible lo anterior, debe incorporarse al expediente la justificación motivada de tal extremo”.

²¹ Al respecto, Llinares Cervera, P., “Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la luz del Derecho Comunitario”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 82, 2009, pp. 36-63, en concreto, III. Criterios de adjudicación y contratos menores.

²² Tal y como señala Núñez Jiménez, J.M., Capítulo IX: “Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.”, en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A. y Candela Talavero, J.E., pp. 272-319, en concreto, p. 319, al señalar que *la Instrucción resuelve el tema de la adjudicación directa, permitiéndola siempre que se garantice un mínimo de publicidad, a pesar de lo manifestado en el apartado V párrafo décimo de la Exposición de motivos de la Ley de Contratos: “(...) reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”.*

Por tanto, sobre la base de esta fundamentación, y visto el reconocimiento jurídico y doctrinal atribuido indistintamente a ambos conceptos como equivalentes; entendemos que, dados los argumentos señalados, no estamos errados si a lo largo del presente trabajo empleamos indistintamente, el término adjudicación directa para referirnos al contrato menor.

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La calificación formulada por parte del Tribunal Supremo español en el año 1992 de los principios generales del derecho como la *esencia del ordenamiento jurídico*²³, vino a reconocer su carácter inspirador e informador de las leyes, reafirmando los como el instrumento interpretativo para el desarrollo de la vida jurídica.

En el ámbito de la contratación pública, se puede asegurar que el conjunto de principios que rigen su actuación goza de autonomía propia, al entender que esta especialidad del derecho posee una serie de principios genuinos que se circunscriben expresamente a la materia contractual y que vienen a completar la definición universal de los principios generales del derecho.

Para dar lugar al nacimiento de estos principios generales de la contratación pública, ha existido una influencia mutua de reglas de actuación fundamentales como consecuencia de las relaciones comerciales entre los diferentes países que se extienden más allá de sus propias fronteras físicas, hasta llegar a su consolidación como tales; siendo sin duda el derecho administrativo de la Unión Europea un instrumento de influencia trascendental en el desarrollo de dichos principios²⁴.

La elaboración de este derecho administrativo europeo -basado en un proceso de enriquecimiento constante *desde la creación en los años cincuenta del siglo XX de*

²³ Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1992 (rec. 959/1990) señala lo siguiente: “*Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios “informen” las normas -art. 1. 4º Tit. Preliminar del CC- y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho -art. 103.1º CE-. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios*”.

²⁴ Como señala Carro Fernández-Valmayor, J.L., en “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 193, 2014, pp. 11-44, en concreto p. 29, al señalar que: “*Es un hecho evidente que numerosas materias jurídico-administrativas han sido asumidas en mayor o menor medida por la Unión Europea, lo que ha dado lugar a una profunda europeización del derecho administrativo a partir de la formación de un cuerpo de principios generales comunes*”. En idéntico sentido, Noguera de la Muela, B., en la obra colectiva. *Derecho Administrativo. Parte especial*, coordinada por Trayter Jiménez, J.M., Aguirre i Font, J.M., Araguás Galcerá, I., Atelier, Barcelona, 2021, Capítulo I: *La actividad contractual. II. Significado de la contratación pública en el contexto de la Unión Europea*, pp. 13-67, en concreto, p.17.

*las comunidades Europeas*²⁵- del que podemos afirmar que actualmente se encuentra plenamente consolidado, parte de un conjunto de principios generales que dotan de unidad al ordenamiento jurídico que se han venido configurando desde el propio Preámbulo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁶ y se han desarrollado a lo largo de todo su articulado; siendo abundantes las referencias que existen en todo el cuerpo normativo a los principios que son propios del ámbito contractual y, más concretamente, a los *principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*²⁷, que han terminado de consolidarse definitivamente gracias a la jurisprudencia surgida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que reconoce al derecho de la Unión como un verdadero ordenamiento jurídico vinculante para los estados miembros y sus nacionales, hasta el punto de establecerse el deber de respeto al principio de primacía del derecho de la Unión²⁸.

²⁵ Como indica Moreno Molina, J.A., en su artículo “La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 19, 2017, pp. 27-47, en concreto, p. 29, al afirmar lo siguiente: “En efecto, desde la creación en los años cincuenta del siglo XX de las Comunidades Europeas y en un proceso constante, se ha ido formando un auténtico derecho administrativo comunitario, integrado hoy principalmente por normas de derecho originario y derivado, y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual ha construido unos principios generales del derecho que dotan de unidad a todo el sistema administrativo”.

²⁶ A lo largo de los artículos 1 a 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se desarrollan los principios sobre los que se fundamenta la Unión Europea.

²⁷ A modo de ejemplo podemos citar el artículo 340 TCE, (antiguo artículo 288 TCE) según el cual: “La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. No obstante, lo dispuesto en el párrafo segundo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. La responsabilidad personal de los agentes ante la Unión se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable”.

²⁸ Al respecto, resulta fundamental el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de febrero de 1963 (Asunto C-26/62, Van Gend & Loos,) pp. 306 y ss., al señalar en el Fundamento de Derecho II, apartado B, lo siguiente: “ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone

1.1. EL DERECHO CONTRACTUAL COMO INSTRUMENTO NORMATIVO GLOBAL

Plenamente ligada a la expansión transfronteriza de las relaciones comerciales, sociales, de defensa, medioambientales, y demás relaciones existentes entre los Estados miembros de la Unión Europea, surge la necesidad de una regulación normativa acorde a la misma en el seno de las administraciones públicas implicadas, y de la que también resultan partícipes organizaciones internacionales, instituciones de carácter mixto público-privado y otros sujetos de naturaleza privada; relaciones que indudablemente, traen consigo la cesión o renuncia de ciertos aspectos de su soberanía a favor de un espacio común superior²⁹.

Dichas relaciones se conocen como derecho Administrativo de la Gobernanza Global o, más comúnmente como derecho Administrativo Global, cuyas figuras clave, en tanto que precursores de su estudio primigenio e impulsores de su calificación como tal, han sido Benedict, K., Krisch, N., y Stewart, R.B., creadores del trabajo “The Emergence of Global Administrative Law”, en el que señalan que la aparición del derecho Administrativo Global se ha producido al albor del *“vasto incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la administración diseñada a enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas tales como la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de poblaciones, incluyendo a*

de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”.

Otra sentencia indispensable es la STJUE de 15 de julio de 1964 (Asunto C-6/64, Costa-ENEL) en cuanto que reconoce la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho de los estados miembros al fijar la obligatoriedad del derecho derivado de la Unión Europea para todos los estados miembros, prohibiendo que la fuerza vinculante de aquél pueda variar de un estado a otro, como consecuencia de la aprobación de legislaciones internas posteriores.

En este mismo sentido, vid. Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 1978 (Asunto C-106/77, Simmenthal); STJUE de 22 de junio de 2010 (Asuntos acumulados C-188/10, Melki y C-189/10, Abdeli); STJUE de 5 de octubre de 2010 (Asunto C-173/09, Elchinov); y STJUE de 20 de mayo de 2010, (Asunto T-258/06, Alemania contra Comisión Europea).

²⁹ Y que, al igual que la renuncia que realizan los ciudadanos de algunos de sus derechos y libertades a favor del Estado, conforme a la Teoría del Contrato Social de Thomas Hobbes, solo tiene sentido si finalmente, redundan en el interés general.

los refugiados”. Y, dado que, “cada vez más, estas consecuencias no pueden ser adecuadamente afrontadas a través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas; como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global³⁰”.

A lo que, según señalan estos autores, habría que sumar la falta de “accountability” o rendición de cuentas en el plano transnacional y a que, el hecho de que la toma de decisiones internas de los países pudiera afectar negativamente al resto de los implicados, supondría la necesidad de adoptar decisiones globales encaminadas al desarrollo de normas supranacionales, las cuales “nos llevan a definir al derecho administrativo global como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban³¹”.

Esta idea de derecho Global³², surgida como respuesta a la globalización del derecho administrativo a nivel mundial, ha significado la pérdida por parte de los estados de cierta soberanía legislativa en el ámbito administrativo y también en el campo de la contratación

³⁰ Benedict, K., Krisch, N., y Stewart, R.B., “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, nº 15, 2005, pp. 15-61; en la traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G., y Ricart, L. LL.M., International Legal Studies, Facultad de Derecho New York University.

³¹ Ibid.

³² Cuya existencia es abiertamente defendida por autores como Cassese, S., *La globalización jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2006, *passim*. Sin embargo, no faltan voces discordantes frente a quienes defienden la existencia de un verdadero sistema jurídico global en tanto que carecería de la estructura propia de un sistema jurídico y por tanto, no podría ser considerado como tal. Al respecto, Auby, J.B., citado por Darnaculleta Gardella, M. M., “El derecho administrativo global ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, nº 199, 2016, pp. 11-50, p. 37, al afirmar que “En el estado actual de desarrollo de la globalización jurídica, sería aventurado hablar de “sistema jurídico” global. El derecho afectado por la globalización está lejos de constituir un sistema, con su aparato formalizado de órganos, sus propios principios de estructura normativa.”; y la propia Darnaculleta Gardella, M. M., al señalar en dicha obra, p. 37, que “Aunque no me considero competente para entablar una discusión sobre teoría del derecho con los autores que se han dedicado estos temas, me parece que es posible encontrar evidencias suficientes para constatar que no existe un sistema jurídico global y que, por consiguiente, el Derecho Administrativo Global no es derecho”.

pública³³. Este concepto que “*se corresponde, por un lado, con el denominado proceso de internacionalización del Derecho Administrativo, propiciado por la apertura de los Estados hacia el exterior y, por otro lado, por la creciente administrativización de las organizaciones supra y transnacionales, y que se concreta en la creciente relevancia y aplicación de los valores y principios propios del Derecho Administrativo más allá de las fronteras estatales*”³⁴, se debe asentar en unos valores universales que vengán a unificar la actuación conjunta y supranacional de los Estados, y han de fundamentarse en unos principios supremos que legitimen su actuación. Dichos principios no pueden surgir sino de los propios ya existentes en los diferentes estados partícipes de dicha globalización y expandirse de manera general entre todos ellos, provocando una suerte de valores o normas de conducta uniformes y consensuados aplicables en sus relaciones.

Dado que esta globalización del derecho administrativo mundial alcanza a diferentes ramas del derecho, a saber, derecho ambiental, derecho marítimo, derecho de las comunicaciones y como no, a una de las ramas más universales del mismo, esto es, al derecho comercial; también las normas contractuales se adecúan a este nuevo derecho administrativo *mundialmente compartido*.

El último desarrollo de los principios generales de la contratación se produce como consecuencia de las nuevas realidades surgidas en el derecho de la contratación pública, en respuesta al cambio que han sufrido las relaciones contractuales tanto entre quienes se relacionan en este marco comercial a través del crecimiento de los negocios entre mercados de diferentes países, como en el incremento de la actividad que desarrollan, y en la respuesta dada a sus necesidades. Todo ello apunta a que dichas relaciones se encuentran actualmente en una fase de expansión mundial generando un crecimiento exponencial que no ha hecho más que empezar; así, más allá de los límites comerciales dentro de las fronteras de la Unión Europea, las relaciones contractuales entre las Instituciones de la Unión y los países miembros, con terceros países ajenos a la misma,

³³ Para Mir Puigpelat, O., *Globalización. Estado y Derecho. Las transformaciones recientes de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 25-94, en concreto, p. 37 al señalar que “*una de las consecuencias más importantes -de la globalización económica en el Derecho Administrativo- desde la perspectiva del Derecho público, en general, y del Derecho administrativo, en particular, es, sin lugar a dudas, la progresiva erosión del Estado-nación como espacio territorial y social en el que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas correspondientes; la crisis, en definitiva, de la noción de soberanía, de soberanía estatal*”.

³⁴ Al respecto, Darnaculleta Gardella, M. M., op. cit., p. 28.

hacen necesario regular nuevamente un marco normativo más amplio en el que existan unos principios básicos de actuación, aceptados por todos y que vengan a constituirse en los pilares sobre los que basar sus actuaciones. En este sentido, órganos y organismos internacionales de carácter supraestatal, como UNCITRAL, la OCDE, MERCOSUR, la CNUDMI³⁵, el FMI o la ONU³⁶ entre otros³⁷, se comportan -comercialmente hablando- de manera análoga, sobre la base de una actuación cuyos principios sean mundialmente compartidos, con el objetivo de lograr una igualdad de trato en sus transacciones comerciales³⁸. Sin duda, como señala el Prof. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ³⁹, “*en el Derecho de la Contratación Pública Global, los principios, como ya hemos señalado, juegan un papel central para la existencia de este sector del Derecho Administrativo Global. Son principios que, como los de objetividad, racionalidad e igualdad de trato, suponen que el Derecho administrativo global cumpla la función que tiene encomendada: la ordenación racional de los asuntos públicos de dimensión global de acuerdo con la justicia*”. Incluso, nos atreveríamos a afirmar que, en parte, este proceso de globalización tiene su origen en el derecho contractual, es decir que la influencia entre el derecho Administrativo Global y el derecho Administrativo Global de la Contratación Pública ha sido a la inversa, es decir, el derecho Administrativo Global no ha sido el que ha atraído hacia sí al derecho contractual, sino que, de la externacionalización y apertura de este derecho hacia un sistema superior que engloba otros sistemas ha surgido el derecho administrativo global. En palabras del Prof. MORENO MOLINA, “*uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación*

³⁵ Cabe destacar el Acuerdo sobre Contratación Pública por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 1994.

³⁶ La Ley Modelo sobre la Contratación Pública de 2011, sucesora de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios Aprobada en 1994.

³⁷ Como la OPEP (Organización de países exportadores de petróleo), la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte), la NAFTA (North American free Trade), o la propia UE (Unión Europea).

³⁸ Y, aunque todas ellas difieren mucho en cuanto a su naturaleza, estructura, funciones y atribuciones, así como en el modo y medida en que limitan la soberanía de los Estados que las integran; tienen en común su estrecha vinculación con el fenómeno de la globalización económica y constituyen, *las instituciones políticas de la globalización económica*; tal y como señala Mir Puigpelat, O., *Globalización. Estado y Derecho. Las transformaciones recientes de Derecho Administrativo*, cit., pp. 25-94, en concreto, p. 47.

³⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., “Los principios del derecho Global de la contratación pública”, *Revista de Derecho-UCU*, nº 13, 2016, pp. 189-217, en concreto, p. 198.

de este Derecho Administrativo Global es, sin duda alguna, el de la contratación pública. Hasta tal punto ha llegado esta evolución, que se puede concluir con firmeza que es un sector paradigmático en la consolidación del Derecho Administrativo Global⁴⁰”.

Y esto es así, porque mientras que el derecho Administrativo Global aún está en desarrollo, a la espera de unas premisas de actuación conjuntas por parte de los Estados, el derecho Global Contractual ya posee unas reglas comunes de actuación a nivel internacional marcadas por las necesidades comerciales que superan los acuerdos entre los Estados⁴¹.

En este sentido, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, un impulsor fundamental en la globalización del derecho administrativo ha sido la Unión Europea puesto que, el conjunto de valores y principios sobre los que se asienta su marco normativo y que por tanto, rigen su actuación; somete a todas las ramas del derecho, incluida la contractual; dando lugar a los principios incuestionables que han de imperar en la normativa sobre contratación pública a nivel europeo y que nos recuerda el Considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE al señalar que “[l]a adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una

⁴⁰ Vid. Moreno Molina, J.A., “El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública”. *Revista Dixi*, nº 15, 2012, pp. 8-20, en concreto, p. 7.

⁴¹ Vid. Rodríguez-Arana Muñoz, J., “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, *Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 66, 2011, pp. 29-54, en concreto p. 31, al señalar lo siguiente: “El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo global es un derecho *in fieri* que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global. Por eso, este incipiente derecho público global ópera, como es lógico a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de Derecho en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento jurídico-administrativo global.

En este punto, en caso de la contratación pública es paradigmático, puesto que, como se analiza en esta intervención -pionera ciertamente la materia que lo a lengua hispana se refiere-, los principales instrumentos supranacionales y globales en materia de contratación se han construido precisamente al calor de los principios: los de no discriminación, de publicidad, de libre concurrencia, etcétera. Estos principios son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos -a manejar fondos públicos- de Actuar con transparencia, de fomentar la igualdad y adjudicar el contrato a la mejor oferta con miras al interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de la aplicación. Es decir, en materia de contratos públicos, los principios has sido la base de las normas que ulteriormente se han elaborado. En el espacio jurídico europeo, por ejemplo, el caso de las directivas comunitarias en la materia nos excusa ahora de mayores comentarios”.

comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa...”.

A nivel nacional, la regulación básica en materia contractual es una competencia propia del estado -tal y como se regula el artículo 149.1.18 CE⁴²- pero que, sin embargo, desde la adhesión de España a la entonces denominada Comunidad Económica Europea en el año 1985⁴³, se ha visto cada día más influenciada por la normativa supranacional⁴⁴ recogida a través de las diferentes Directivas europeas⁴⁵, provocando la

⁴² Artículo 149 de la Constitución Española:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

18.ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

⁴³ A pesar de que la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea se firmó en el año 1985, la incorporación formal se realizó con fecha 1 de enero de 1996.

⁴⁴ Respecto a la influencia del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español destaca la obra de Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas - I*, Ed. 4ª, Thomson-Civitas, Madrid, 2015, *passim*; en aspectos tales como la aprobación de la primera Ley de expropiación forzosa, española, aprobada en 1836, denominada “Ley sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público”, la intervención económica del estado forzada por la crisis financiera de finales del siglo XIX, denominado “nacionalismo económico”, o las relaciones sociales Estado-Sociedad; todas ellas con influencia directa de la actuación que se venía desarrollando en otros países europeos.

⁴⁵ Sobre la adaptación de las normas nacionales a las Directivas europeas a la Ley y al Reglamento de Contratos del Estado, resultan de interés Razquín Lizarraga, M.M., en la obra *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, , pp. 103-123, en concreto, p.113 y ss; así mismo, Trayter Jiménez, J.M., “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº 121, 1995.

“comunitarización” de las distintas políticas nacionales⁴⁶, hasta llegar a plasmar en algunos de sus preceptos, una reproducción prácticamente literal de aquella⁴⁷.

En esta misma situación se encuentran el resto de los países miembros de la Unión Europea, al verse directamente influenciados por las relaciones que, en esta materia, han superado sus propias fronteras y que los ha llevado a una necesaria adaptación a la nueva normativa elaborada desde un ámbito legislativo superior, voluntariamente aceptado por ellos, y siendo la que finalmente, ha venido a regular dichas relaciones contractuales.

Ahora bien, a pesar de que la aplicación de las Directivas europeas en materia de contratación recae sobre los llamados *contratos sujetos a regulación armonizada*, que no son otros que los contratos celebrados por los estados miembros de la UE, que superan ciertas cuantías económicas⁴⁸ y, a pesar de que, en cierta medida, podría parecer lógico que los principios y valores de aplicación a la normativa contractual europea lo fueran únicamente a este tipo de contratos; sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional⁴⁹ nos

⁴⁶ Idea apuntada por Noguera de la Muela, B., en la obra colectiva. *Derecho Administrativo. Parte especial*, coordinada por Trayter Jiménez, J.M., Aguirre i Font, J.M., Araguás Galcerá, I., Atelier, Barcelona, 2021, Capítulo I: *La actividad contractual*, pp. 13-67, en concreto, p.17, al señalar que: “*La incorporación de nuestro país en 1986 a la entonces Comunidad Económica Europea, ha tenido importantes repercusiones en la determinación de los contornos y principios del derecho administrativo. Nos ha inmerso en un proceso que nos ha conducido hacia la «comunitarización» de las principales instituciones jurídicas, avanzando hacia un lenguaje «conceptual común»*”.

⁴⁷ Tal es el caso del artículo 99 LCSP. Al respecto puede verse Vázquez Fernández, B., “*El fraccionamiento del objeto del contrato*”, Trabajo Fin de Master, Universidad de Oviedo, 2016, pp. 33-35; en el que se lleva a cabo un análisis del mencionado artículo 99 del que fuera borrador de la Ley de Contratos del Sector Público -que a la postre, no ha sufrido modificaciones en la norma finalmente aprobada- y en el que se concluye que la regulación de la división en lotes de los contratos en nuestra norma nacional resulta prácticamente idéntica al contenido del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del que deriva; resultando especialmente coincidentes, los apartados tres a siete de aquél, con respecto a los apartados uno a cinco de la Directiva.

⁴⁸ Véase el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, cuya transposición se ha llevado a cabo en el Capítulo II, Sección 2 de la Ley de contratos nacional, bajo el título: Contratos sujetos a una regulación armonizada; y que ha sido modificado por el Reglamento delegado (UE) 2021/1952 de la Comisión de 10 de noviembre de 2021, que modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos, a partir del 1 de enero de 2022.

⁴⁹ Así se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril de 2015, cuando indica en el Fundamento Jurídico sexto que “*A este respecto, aun cuando el contrato de gestión de servicios*

recuerda que su aplicación no se limita únicamente a aquellos contratos, sino que serán de aplicación también a todos los contratos celebrados en el ámbito nacional, a los cuales, la Directiva 2014/24/UE reconoce un papel fundamental al señalar en su Considerando 1 que *“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”*, y que recoge de manera expresa en su artículo 18⁵⁰.

Por si fuera poco, el TJUE ha señalado de manera explícita que *«en efecto, aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado»*⁵¹; lo cual ha servido de base para que la Comisión Europea haya reconocido -a

públicos no es un contrato armonizado (art. 13 del Real Decreto Legislativo 3/2011), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea [Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE 12-4-2008) y el Tribunal de Justicia de la Unión europea [por todas, Sentencia 14 de noviembre de 2013, asunto Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integran) y otros]. En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, sometiéndolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones públicas”.

⁵⁰ Artículo 18 Directiva 2014/24/UE:

Principios de la contratación.

“1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.”

⁵¹ Así se señala en la STJUE de 3 de diciembre de 2001 (Asunto C-59/00, Bent Moustén Vestergaard) cuando al plantearse varias cuestiones prejudiciales relativas a la compatibilidad de Derecho comunitario con una cláusula de las condiciones generales del pliego de condiciones relativo a obras de construcciones

través de la Comunicación referida a la interpretación del derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo cubiertos parcialmente por las Directivas Europeas de contratación del año 2006⁵²- que los principios recogidos en éstas son de aplicación más allá de los límites cuantitativos establecidos y que por tanto, también se han de aplicar a aquellos contratos no sujetos a las mismas, según se recoge en el apartado de dicha Comunicación, referido a los criterios básicos para la adjudicación de contratos.

de veinte viviendas de protección oficial en el municipio de Spøttrup (Dinamarca) en las que se preveía la utilización de una marca de ventanas determinada; el Tribunal sostiene que *el mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las citadas Directivas no son adecuados cuando se trata de unos contratos públicos de escaso valor no significa que estos últimos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario*; y por tanto, continúa, *a pesar de que un contrato de obras no alcance el umbral previsto en la Directiva 93/37 y, por consiguiente, no esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de esta Directiva, la legalidad de una cláusula que figure en el pliego de condiciones referente al citado contrato debe apreciarse con respecto a las normas fundamentales del Tratado, de las que forma parte la libre circulación de mercancías establecida en el artículo 30 del Tratado, el cual se opone a que una entidad adjudicadora introduzca en el pliego de condiciones relativo al citado contrato una cláusula que exija, para la ejecución del contrato, la utilización de un producto de una marca determinada, sin añadir la mención «o equivalente».*

En el mismo sentido, y años atrás se había pronunciado la STJUE de 22 de septiembre de 1988 (Asunto 45/87, Comisión/Irlanda) en cuanto al incumplimiento del artículo 30 del Tratado CEE por parte del Estado de Irlanda al incluir, en una de las cláusulas de la licitación «Dundalk Water Supply Augmentation Scheme-Contract n° 4», más concretamente, en las conducciones de amianto-cemento para canalizaciones a presión; la obligación de las empresas oferentes, de estar en posesión del certificado de capacidad, de conformidad con la norma irlandesa 188:1975, con arreglo al Irish Standard Mark Licensing Scheme del Institute for Industrial Research and Standards y, al rechazar sin justificación conveniente, una oferta que preveía la utilización de conducciones de amianto-cemento fabricadas de conformidad con otra norma, que otorga garantías equivalentes de seguridad, rendimiento y fiabilidad (como la ISO 160).

⁵² En la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), es decir, respecto de aquellos contratos cuya cuantía sea inferior a los límites económicos establecidos en las Directivas sobre contratación pública y a aquellos contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas; la Comisión expone su interpretación de la jurisprudencia del TJCE y propone lo que considera las mejores prácticas para ayudar a los Estados miembros a obtener el máximo beneficio del mercado interior, entendiendo que los países miembros están obligados al respeto de las normas fundamentales del Tratado con independencia de su cuantía, haciendo suya por tanto, la tesis defendida en numerosas ocasiones por el TJUE.

Todo este conjunto de aportaciones a nuestro ordenamiento ha dado lugar a una serie de principios en materia contractual muy ricos en matices⁵³ -y cuyo encaje en el artículo primero de la ley de contratos, refleja su importancia- y que, sin duda, han de ser objeto de un análisis detallado y previo al estudio que nos ocupa en este trabajo, para poder ahondar *a posteriori* en él, partiendo del conocimiento de la base que lo sustenta.

1.2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La necesidad de establecer una serie de normas de actuación conjunta en materia contractual comunitaria, que surge entre los países integrantes de la entonces denominada Comunidad Económica Europea⁵⁴ con la intención de fomentar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad de los aspirantes a las contrataciones públicas; parte, sin lugar a duda, de la necesidad de combatir la tendencia de los estados a usar la contratación pública para reforzar sus propios mercados nacionales con respecto a los mercados de cada país; tal y como se refleja en el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre remoción de barreras técnicas⁵⁵, al concebir la contratación pública como un instrumento en manos de las administraciones marcado por una importante tendencia a la contratación interna en cada país debido al aún arraigado interés de favorecer en las contrataciones a las empresas nacionales al señalar que: *“Public procurement covers a sizeable part of GDP and is still marked by the tendency of the authorities concerned to keep their purchases and contracts within their own country. This continued partitioning of*

⁵³ Artículo 1 LCSP: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*

⁵⁴ En el año 1958 se creó la Comunidad Económica Europea (CEE) cuyo cambio de nombre al de Unión Europea (UE), se produjo en el año 1993 con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.

⁵⁵ White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-19 June 1985) Part two: The removal of technical barriers. II. Public Procurement, p. 23.

*individual national markets is one of the most evident barriers to the achievement of a real internal market*⁵⁶”; pero cuya finalidad ha de dar cabida en igualdad de condiciones a todos los potenciales participantes, obligando a superar, por tanto, tales inclinaciones nacionalistas.

Como analizaremos a continuación, dentro del conjunto que conforman los principios de la contratación pública, sin duda resulta especialmente relevante el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, en tanto que se erige como abanderado del resto de los principios que conforman dicho conjunto, al tratarse del elemento sustancial de la defensa de la libre competencia, que es, sin duda, la razón última y esencial de la existencia de un Mercado Común⁵⁷; y cuyas normas de actuación recoge el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión⁵⁸.

Tal es así que encontramos importantes referencias a la defensa de la competencia en las contrataciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, bien, a través de las autoridades nacionales en materia de competencia en la contratación pública⁵⁹, bien en las propias resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales, como nos recuerda la Resolución 148/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al indicar que *“la salvaguarda de la libre competencia, como señala el artículo 1 del TRLCSP, es un principio inspirador de la contratación pública y está presente de forma indirecta en los de libertad de acceso, publicidad, transparencia*

⁵⁶ “La contratación pública cubre una parte considerable del PIB y todavía está marcada por la tendencia de las autoridades interesadas en mantener sus compras y contratos dentro de su propio país. Esta partición continua de los mercados nacionales individuales es una de las barreras más evidentes para el logro de un verdadero mercado interno”.

⁵⁷ Tal y como pone de manifiesto el Tribunal de Justicia, en su STJUE de 7 de diciembre de 2000 (Asunto C-324/98, Teleaustria) en la que señala que *“la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”*.

⁵⁸ Las normas comunes en materia de competencia se encuentran reguladas en el Capítulo I del Título VII del TFUE, art. 101 y ss.

⁵⁹ La «Guía sobre Contratación Pública y Competencia», elaborada en el año 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia española, y que actualmente se encuentra en fase de actualización, destaca la relación existente entre los principios en los que se basa la contratación pública y las finalidades a las que aspiran los principios de concurrencia y de libre competencia.

de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos”; y por supuesto, en nuestra normativa nacional⁶⁰. Todas estas referencias obligan a los órganos de contratación a “tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores⁶¹” y dan lugar a la posibilidad de que tanto las mesas de contratación como el propio órgano de contratación puedan trasladar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, con carácter previo a la adjudicación del contrato, los posibles indicios fundados de conductas colusorias detectadas en un procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 150 LCSP⁶².

En el marco de la Unión, resulta de interés la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2018 (Asunto C-531/16), que tiene por objeto resolver una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania), como consecuencia de la publicación de la licitación por parte del Centro de Gestión de Residuos de la Región de Šiauliai del servicio de recogida de basura del municipio de Šiauliai y el transporte de los residuos a su lugar de tratamiento, al entender que podría existir una actuación colusoria

⁶⁰ Tal es el caso del apartado III del Preámbulo de la LCSP, que establece como finalidad de esta, la defensa de la competencia, indicando que “El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMEs, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

⁶¹ Artículo 64.1 LCSP.

⁶² Artículo 150.1 LCSP párrafo tercero: “Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

dado que dos de las cuatro empresas presentadas resultan ser filiales de la misma sociedad «Ecoservice» UAB, estando participadas, respectivamente, al 100 % y al 98,12 % por «Ecoservice»; y estando también conformados los consejos de administración de ambas por las mismas personas físicas.

Al respecto, entiende el Tribunal que no es admisible una prohibición general de la presentación de ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de empresas que estén vinculadas entre sí, ya que, *“de la jurisprudencia se desprende que, habida cuenta del interés de la Unión en que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho de la Unión”*.

Y que si bien, no existe *“disposición normativa expresa o un requisito específico en la licitación o en el pliego de condiciones que rigen las condiciones de adjudicación de un contrato público, los licitadores vinculados entre sí, que presenten ofertas separadas a un mismo procedimiento, no están obligados a comunicar, por propia iniciativa, sus vínculos al poder adjudicador”*, el análisis y la comprobación de la posible existencia de una competencia falseada entre licitadores debe verificarse por el propio poder adjudicador *“cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores”* a través de la normativa interna de cada país, excluyendo su participación si la autonomía de las ofertas no estuviera demostrada pero entendiendo también, que su participación no ha de presuponerse *per se*, colusoria entre ellas y por tanto, contraria al principio de libre competencia⁶³.

Como apunte final, no podemos dejar de señalar que también nuestra Ley de Contratos se ocupa de la defensa de la competencia en la contratación pública respecto de la materia que nos ocupa, esto es, de la figura del contrato menor, al establecer en el apartado IV del Preámbulo que *“en la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia”*; entendiendo que el legislador se refiere a las exigencias establecidas en la

⁶³ Otras sentencias a tener en cuenta en el mismo sentido son la STJUE de 21 de enero de 2016 (Asunto C/74-14, Eturas y otros), la STJUE de 19 de mayo de 2009 (Asunto C-538/07, Assitur), y la STJUE de 12 de marzo de 2015 (Asunto C-538/13, eVigilo).

norma en el momento de su publicación inicial, y que, sin embargo, éstas han sufrido cierta relajación posterior como consecuencia de las dificultades de interpretación que generaron los requisitos del artículo 118 de la ley y las exigencias manifestadas desde diferentes sectores para su modificación; dando al traste con la pretensión inicial de la norma de no menoscabar el principio de libre competencia en las adjudicaciones menores. Ahora bien, entendemos que el cumplimiento del respeto a dicho principio no ha de venir de unas rígidas exigencias establecidas en la norma, sino que, dada la laxitud de este tipo de adjudicaciones, han de ser los propios órganos de contratación, *motu proprio*, quienes deben asegurar el respeto a todos los principios de la contratación, con independencia de que la norma facilite una adjudicación más o menos rígida.

1.2.1. Principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores

Como señalábamos en el apartado anterior, si bien es cierto que todos los principios generales de la contratación se encuentran íntimamente relacionados entre sí y que, en su aplicación, no se pueden desligar unos de otros, dado que constituyen el conjunto de valores rectores de la correcta actuación de los órganos de contratación cuya aplicación coaligada resulta fundamental para el cumplimiento de la finalidad para la que han sido establecidos; sin duda, de entre todos ellos, el principio que los enarbola es el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. Este principio, -del que en puridad podríamos afirmar que comprende dos principios y no sólo uno- se puede considerar como el pilar de todos los principios generales de la contratación, puesto que sobre la base del idéntico trato a todos los interesados en participar en una compra pública, se han desarrollado el resto de principios que rigen la contratación; y porque, no sólo su ubicación dentro del primero de los preceptos del código contractual⁶⁴ trae implícita su preeminencia como instrumento que rige la

⁶⁴ Artículo 1 LCSP: “1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

actuación del desarrollo del cuerpo normativo contractual, sino porque, más allá de las normas propias de las compras públicas que contienen todos los principios generales de la contratación, este principio asienta su raíz sobre la base de nuestra norma fundamental, en concreto en el artículo 14 CE al señalar que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*; lo que le viene a otorgar a este principio, un valor jurídicamente superior. Por su parte, a nivel europeo la base jurídica de este principio se encuentra tanto el Tratado de la Unión⁶⁵ como en el Tratado de Funcionamiento⁶⁶ y en la Carta de Derechos Fundamentales⁶⁷ cuya incorporación a los principios de la contratación europea no son más que el resultado natural del reconocimiento de tales principios a las personas, trasladados también a las relaciones comerciales internas de la UE.

En cuanto a su aplicación, el principio de no discriminación e igualdad de trato aspira a que los órganos de contratación otorguen a los posibles licitadores el mismo trato en todas y cada una de las fases de la licitación, sin que se produzca ningún tipo de discriminación o desviación de poder por parte de aquellos. Al respecto, no son pocas las sentencias que han defendido esta obligación en las actuaciones de los órganos de contratación; tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión

⁶⁵ Artículo 3 del Tratado de la Unión Europea: *“2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”*.

⁶⁶ Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge en el artículo 21 la libertad de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; y los Títulos IV y V se ocupan de la Libre circulación de personas, servicios y capitales y del Espacio de libertad, seguridad y justicia, respectivamente.

⁶⁷ También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza el derecho a la libre circulación y residencia de las personas en el territorio comunitario en su artículo 45: *“1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.*

2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”.

Europea de 19 de septiembre de 2013⁶⁸ que establece que, el principio de igualdad de trato aspira a proporcionar las mismas condiciones de oportunidad entre las posibles empresas licitadoras en cualquier procedimiento de contratación, estableciendo una situación de equilibrio, con independencia de su tamaño, volumen de negocios o nacionalidad. La STJUE de 27 de noviembre de 2001 (Asuntos acumulados C-285/1999 y C-286/1999, Lombardini y Mantovani) en la que destaca que la actuación coordinada de los procedimientos de contratación comunitarios tiene como objetivo fundamental el respecto al principio de igualdad de trato entre licitadores para

⁶⁸ Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (Asunto T-402/06) Apartado 66: *"En concreto, el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada), y continúa "67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)".*

garantizar “la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas (sentencia *Ordine degli Architetti y otros*, antes citada, apartado 75) y, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico⁶⁹”; o la STJUE de 10 de abril de 2003 (Asuntos acumulados C-20/2001 y C-28/2001, Comisión de las Comunidades Europeas v. República Federal de Alemania)⁷⁰ en la que el Tribunal establece que «[n]o obstante, el procedimiento utilizado a causa de la existencia de tal razón técnica debe respetar los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, por analogía, la sentencia *Concordia Bus Finland*, antes citada, apartado 63).

Pues bien, el riesgo de que se viole el principio de no discriminación es especialmente elevado cuando una entidad adjudicadora decide no someter a la concurrencia un contrato determinado.»

Finalmente, el obligado cumplimiento de este principio trae consigo una serie de consecuencias u obligaciones para el órgano de contratación en la fase de selección del contratista, a saber, la prohibición de incorporar cláusulas o condiciones discriminatorias tales como las cláusulas de arraigo territorial⁷¹ -las cuales, han

⁶⁹ Tal y como se puede extraer de los apartados 35 y 36 de la referida sentencia.

⁷⁰ A propósito de la falta de licitación de un contrato público de servicios relativo a la evacuación de aguas residuales en el municipio de Bockhorn (Alemania), en el que no se publicó el resultado del procedimiento de adjudicación en el Suplemento del Diario Oficial de las Comunidades Europeas; así como la adjudicación de un contrato para la eliminación de residuos, en el que la ciudad de Brunswick (Alemania) adjudicó dicho contrato público de servicios a través de un procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación aunque no concurrieran los requisitos establecidos en dicho artículo 11, apartado 3, para la adjudicación de los contratos de común acuerdo sin previo anuncio de licitación a escala europea.

⁷¹ Aunque ocasionalmente están permitidas, tal y como nos recuerda la STJUE de 27 de octubre de 2005 (Asunto 234/03) en su apartado 25: “Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han

supuesto sin duda, un caballo de batalla para los tribunales en el respeto a este principio y a la defensa de la participación y competencia en las licitaciones y, especialmente, en la lucha contra el localismo que parece continuar vinculado a ciertas contrataciones como son las menores; especialmente entre los órganos de contratación de los territorios con menor población⁷²- la prohibición legal de consentir derechos

presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65).

⁷² Al respecto podemos citar la Resolución TACRC 1147/2019, de 14 de octubre de 2019, en la que, se considera por parte del Tribunal como cláusula de arraigo territorial uno de los criterios de valoración establecidos en los pliegos del “Servicio de catering de escuelas infantiles (0 a 3 años)” consistente en *valorar la proximidad de las cocinas centrales con respecto a los centros donde se debe prestar el servicio*. Ahora bien, tal y como se defendía por parte del órgano de contratación y, a nuestro entender se trata de una correcta fundamentación; *resultan especialmente sensibles los destinatarios del servicio, esto es, menores de entre 0 y 3 años, cuyas particulares circunstancias en la alimentación han de ser tratadas con especial atención... siendo la cercanía un factor imprescindible para dar la respuesta más inmediata a las mismas*.

Idéntico supuesto, pero con decisión radicalmente opuesta, encontramos en la Resolución TACRC 298/2017, de 24 de marzo de 2017, contra el pliego de condiciones administrativas particulares aplicables al contrato de servicios “Provisión, elaboración y servicio diario de la alimentación de las personas internadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES) existentes en las dependencias policiales”, que recogía el siguiente criterio de valoración: *“Los licitadores que acrediten la posesión de una cocina central desde donde se van a elaborar los menús o un centro desde donde se van a almacenar y distribuir los menús al centro que se licita, que sea de su propiedad o titularidad, como mínimo con anterioridad a la publicación de este pliego de condiciones”* cuyos límites se fijaban en un máximo de 3km de distancia por carretera o vía pública y hasta 50 km. En dicha Resolución, el Tribunal muestra su conformidad con dicho criterio de valoración al señalar que: *“En el presente caso considera la existencia de una cocina cercana a los centros que carezcan de cocina como un criterio de valoración resulta proporcionada dado que se vincula a un compromiso de inmediatez. Y es que, es a nuestro entender, obvio que la prestación del servicio de alimentación se ve favorecido por la cercanía de una cocina a los centros que carecen de esa infraestructura”*.

A mayor abundamiento, la Resolución TACRC 328/2018, de 6 de abril de 2018, referida al recurso interpuesto contra los pliegos que habrían de regir la contratación del “Servicio de atención telefónica de la Agencia Española de Protección de Datos”, y en cuya cláusula 3 del PPT se exigía *“la prestación de los servicios de Contact-Center objeto del presente contrato se realizará en las dependencias que la empresa adjudicataria posea o se comprometa expresamente a proporcionar en Madrid Capital”*, por tanto, no se establecía como un criterio de valoración, sino como una exigencia para el adjudicatario; el Tribunal desestima el recurso interpuesto al entender que *“De ahí que, a juicio de este Tribunal, se considere*

de tanteo en las licitaciones, la prohibición de presentar varias ofertas por un mismo oferente⁷³ o, entre otras⁷⁴, la de introducir alteraciones sustanciales en el contrato tras su adjudicación; tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina del propio TJUE⁷⁵, o más recientemente, el TACRC en su Resolución 27/2020, de 9 de enero de 2020, en la que el adjudicatario de un acuerdo-marco de suministro de vacunas antigripales destinadas al programa de vacunación, convocado por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalidad Valenciana, solicita autorización para sustituir el tipo de suministro por otro diferente al exigido en la licitación; sustitución que es aceptada por el órgano de contratación, provocando así una modificación sustancial de los términos del contrato, y por ende, incurriendo en la infracción del

proporcionada la medida, pues minora el gasto público que generaría el desplazamiento de su personal fuera de Madrid capital”.

⁷³ O lo que es lo mismo, el principio de proposición única establecido en nuestra LCSP en el Artículo 139.3; y que recientemente ha sido analizado en la Resolución 381/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

⁷⁴ Tal y como señala el Profesor Ivars Bañuls, J.A., en la obra colectiva. *La Contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, coordinada por Catalá Martí, J.V., Civitas, Madrid, 2012, en el capítulo III: *Principios informadores del procedimiento de contratación. Requisitos de los contratos*, pp. 104-106.

⁷⁵ En su Sentencia TJUE de 7 de septiembre de 2016 (Asunto C-549/14) en la que indica que: “*Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)*”; y continúa “*En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C 91/08, EU:C:2010:182, apartado 42). Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69)*”.

principio de igualdad de trato al que está sometido cualquier órgano de contratación; llevando al TACRC a estimar el recurso interpuesto⁷⁶.

1.2.2. Principio de libertad en el acceso a las licitaciones

El artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE señala en su segundo apartado que *la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia; y continúa indicando que se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.*

Por lo que respecta a nuestra regulación nacional ya se venía contemplando el respeto a la libertad de acceso a las licitaciones en las normas precedentes⁷⁷, siendo en la actualidad el artículo 126.1 LCSP el que se ocupa particularmente del mismo, en cuanto a las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de las licitaciones, indicando que las mismas *proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de*

⁷⁶“En el supuesto ahora analizado, es claro que aun teniendo por cierto que hubo un problema en el suministro de las vacunas tal y como se habían proyectado en el lote 1, lo cierto es que la modificación de su objeto a vacunas de 4 cepas debió dar lugar a una nueva licitación, pues no estando prevista esta modificación sustancial en los Pliegos, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE expuesta, no debió admitirse la modificación de las vacunas a suministrar tras la adjudicación por la simple negociación operada entre el órgano de contratación y el adjudicatario, dado que ello no es posible sin comprometer los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”.

⁷⁷ El TRLCSP del año 2011, recogía en su artículo 117 al respecto de la libertad de acceso a las licitaciones, indicando que *las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, ... De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia. Y, continuaba señalando que, las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.*

la contratación pública a la competencia. También en este sentido, la Directiva Europea de contratación facilita el acceso en condiciones de igualdad a todos los posibles participantes, señalando que, *las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia*⁷⁸.

En este sentido, la STJUE, de 10 de mayo de 2012 (Asunto C-368/10, Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos), recordaba la obligación de los Estados miembros de cumplir el principio de libertad de acceso a las licitaciones, a tenor de la publicación de un contrato público de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café, a petición de la provincia neerlandesa de Holanda Septentrional, en cuyas especificaciones técnicas se exigía que los productos dispusieran de las etiquetas MAX HAVELAAR y EKO, *“o al menos etiquetas basadas en criterios comparables o idénticos”*, con exclusión de cualquier alternativa⁷⁹. Esta exigencia, como señala el Tribunal,

⁷⁸ Tal y como se establece en el Artículo 42.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bien, el apartado 4 del mismo precepto, contempla la excepcional posibilidad de indicar, por razones justificadas, una fabricación o procedencia determinada, un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios de un operador determinado, así como marcas, patentes, tipos, origen, etc. cuando no resulte posible hacer una descripción lo suficientemente precisa e inteligible del objeto del contrato; y advierte que, en todo caso, deberá indicarse la mención *“o equivalente”* en las prescripciones técnicas que contemplen tales descripciones.

⁷⁹ Según se indica en la propia Sentencia, las características de las etiquetas EKO y MAX HAVELAAR pueden describirse del siguiente modo:

1. *La etiqueta EKO: La etiqueta privada neerlandesa EKO se concede a productos que contengan al menos un 95 % de ingredientes procedentes de la agricultura ecológica. Está gestionada por una fundación de Derecho civil neerlandesa, cuyos objetivos son favorecer la agricultura ecológica, regulada en la época de los hechos por el Reglamento (CEE) n° 2092/91 del Consejo, de 24 de junio de 1991, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios (DO L 198, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 392/2004 del Consejo, de 24 de febrero de 2004 (DO L 65, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 2092/91»), y combatir el fraude. Esa fundación fue designada como autoridad competente encargada de los controles del cumplimiento de las obligaciones establecidas por dicho Reglamento. EKO es una marca registrada en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI).*

supone quebrantar “tanto el principio de igualdad de trato como la obligación de transparencia derivada de aquel que exige que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos estén claramente definidos desde el inicio de su procedimiento de adjudicación”; y, aún va más allá el alto Tribunal debiendo recordar que, “estos principios revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la elección de éstas, es decir, a la manera de formularlas. Así, el artículo 23, apartados 2 y 3, letra b), y la última frase del vigésimo noveno considerando de la Directiva 2004/18 establecen que las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, que deberán ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicarlo, y que deberán indicarse claramente, de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador⁸⁰”.

Numerosas han sido las ocasiones en las que los diferentes tribunales administrativos contractuales se han pronunciado al respecto del obligado cumplimiento de este principio por parte de los órganos de contratación en la elaboración de sus pliegos; tal es el caso del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su Resolución 116/2014, de 30 de octubre de 2014, en la que, la empresa Baxter, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la

2. *La etiqueta MAX HAVELAAR: La etiqueta MAX HAVELAAR es también una etiqueta privada gestionada por una fundación de Derecho civil neerlandesa, con arreglo a las normas adoptadas por una organización internacional de referencia, la Fairtrade Labelling Organisation (FLO). Se utiliza en varios países, entre ellos los Países Bajos. Con el fin de favorecer la comercialización de los productos procedentes del comercio justo, esta etiqueta certifica que los productos a los que se concede se compran a organizaciones constituidas por pequeños productores de países en desarrollo a un precio y condiciones justos. A este respecto, la concesión de dicha etiqueta se basa en el cumplimiento de cuatro criterios, con arreglo a los cuales el precio pagado debe cubrir todos los gastos, ese precio debe comprender una prima con respecto a los precios del mercado, la producción debe ser objeto de una prefinanciación y el importador debe mantener relaciones comerciales de larga duración con los productores. La FLO se encarga tanto de la auditoría como de la certificación. MAX HAVELAAR es también una marca registrada en la OAMI.*

⁸⁰ Apartado 62 de la referida Sentencia.

licitación del suministro de material para el servicio de neurocirugía del Hospital Universitario de Cruces, tramitado por el Servicio Vasco de Salud, al entender que las prescripciones técnicas referidas al lote 10 de esta licitación restringen el acceso a todas las opciones comerciales menos a una de modo arbitrario sin aportar justificación técnica, dado que, más allá del menor coste total real por paciente, no llega a justificar que la opción técnica elegida sea ineludible.

Ahora bien, también los diferentes Tribunales Administrativos de Contratación Pública del país han recogido la potestad de los órganos de contratación para determinar sus necesidades técnicas sin que ello suponga, siempre y en todo caso, un conflicto con el mencionado principio. Tal es la argumentación que en este sentido sostiene el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁸¹ cuando, como consecuencia del recurso presentado contra el contenido de diversos puntos del pliego de prescripciones técnicas que han de regir la realización del contrato de “Suministro e instalación de aulas digitales para Castilla-La Mancha” en los que se establece cómo ha de ser el software de las pizarras digitales a suministrar, al entender que *“el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación”*.

Y además, trae a colación la Resolución 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid⁸², según la cual, *“se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración*

⁸¹ Resolución 834/2015 de 18 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

⁸² Resolución 9/2013, de 16 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, respecto a un recurso interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas relativos al expediente de contratación del suministro de “Material sanitario: equipo facoemulsificación, catéteres, accesorios, cuidados de la piel, etc.” (lote 5), solicitando la recurrente la modificación de las prescripciones técnicas que figuran para el lote 5, eliminando la obligatoriedad de acreditar un marcado CE clase IIb, por entender que es lesiva a la competencia del mercado.

la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”. En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma”⁸³.

En definitiva, el principio de libertad de acceso a las licitaciones promueve facilitar la participación del mayor número de participantes, obligando a superar así los posibles obstáculos que puedan existir en aquellas, con independencia de la nacionalidad de sus participantes o la ubicación de las empresas potencialmente interesadas, al entender que cualquier restricción en este sentido ha de ser considerada como una limitación a la libre concurrencia y susceptible, por tanto,

⁸³ Otras Resoluciones que defienden esta postura son la Resolución 548/2014, de 18 de julio de 2014 del TACRC, según la cual, *para apreciar la limitación de la libre concurrencia o vulneración del principio de igualdad de los licitadores, es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego implican que, necesariamente, el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, al ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, no habiéndose acreditado dicha circunstancia en el presente caso.*

O la Resolución 322/2020, de 5 de marzo de 2020, del TACRC, que sostiene que, *de las alegaciones del recurso, y del escrito presentado por la empresa interesada, se deduce que estas empresas no comparten el criterio técnico seguido a la hora de dividirlos lotes, pues se les impide licitar al no suministrar la totalidad de los medicamentos enumerados. Ahora bien, el razonamiento por sí solo no evidencia una limitación de la concurrencia, pues consta en el expediente que se han presentado ofertas por otras empresas a las que la configuración de los lotes no les ha impedido licitar, y tampoco evidencian las alegaciones el error en el criterio seguido por el órgano de contratación, cuya decisión goza de discrecionalidad técnica. A lo sumo se acredita una disparidad de criterio, pero no, pero lo dicho no desvirtúa la decisión adoptada que, se repite, no restringe la libre concurrencia.*

de impugnación⁸⁴. Principio que, como sabemos, se ve mermado en la contratación menor, permitiendo que accedan únicamente a estos contratos, a aquella empresa seleccionada por el órgano de contratación para ser la adjudicataria, o a aquellas empresas invitadas a presentar su oferta. Esta situación, como veremos en el último capítulo de nuestro estudio, no sólo se produce en España, sino que, legislaciones como la francesa, la alemana o la chilena entre otras, también limitan en cierta medida, este principio en los contratos que podemos equiparar a nuestra figura nacional.

1.2.3. Principio de Transparencia de los procedimientos

Tal y como se indica en el artículo 3 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014⁸⁵, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; el principio de transparencia en los procedimientos de

⁸⁴ No quisiéramos dejar de mencionar que el alcance de este principio no se limita al espacio europeo y de ahí que, yendo un paso más allá, el Parlamento Europeo emitiera la Resolución de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones, en la que venía a recordar la necesaria obligación de respetar el principio de igualdad de acceso a los mercados del sector público en la Unión Europea y en terceros países al considerar que *la cuestión específica de la salvaguardia de la igualdad de trato y la competencia leal en los mercados de contratación pública en la UE y en terceros países requiere urgentemente una mayor atención política, en particular a la vista de los actuales problemas en relación con el acceso a los mercados del sector público en terceros países, el lento avance de las negociaciones sobre la revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC, así como la evidente renuencia de muchos terceros países a adherirse al ACP; y en la que opina que el espíritu de reciprocidad positiva y transparencia asegurará unos mercados de contratación pública más abiertos y evitará las medidas proteccionistas, utilizando todos los instrumentos disponibles, y en base a ello solicita a la Comisión que presente datos relativos al nivel de apertura de los mercados de contratación pública y a que garantice la reciprocidad con otros países industrializados y con las economías emergentes más importantes; pide a la Comisión que estudie nuevas formas de mejorar el acceso de las empresas europeas a los mercados de contratación pública de fuera de la UE, con el fin de garantizar unas condiciones de igualdad para las empresas europeas y extranjeras que compitan por la adjudicación de contratos públicos; propone, en términos más generales, que los futuros acuerdos comerciales negociados por la Unión incluyan un capítulo sobre desarrollo sostenible, sobre la base de los principios de la responsabilidad social de las empresas definidos en la versión actualizada en 2010 de las directrices de la OCDE para las empresas transnacionales.*

⁸⁵ Que ha sido desarrollado a partir del Artículo 2 de la Directiva 004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; referido a los principios de adjudicación de contratos en el que se establecía que *Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.*

contratación es un elemento imprescindible que viene a completar los principios de igualdad de trato y no discriminación, y en el que se fijan como objetivos a lograr por parte de los poderes y entidades adjudicadoras, el de garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la ejecución del contrato en equilibrio con el respeto a la confidencialidad de las ofertas⁸⁶; así, éstos, “*darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada*”⁸⁷”.

Así, por tanto, el legislador español marca como uno de los objetivos de la actual ley de contratos, *lograr una mayor transparencia en la contratación pública*⁸⁸, con la finalidad de aportar un incremento en el grado de conocimiento de las actuaciones de los órganos de contratación y simplificar así las dificultades de acceso con que se pueden encontrar los potenciales licitadores y reducir el desconocimiento social de las mismas. Para ello, incorpora nuevas medidas entre las que destaca la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón

⁸⁶ Para Cerrillo I Martínez, A., *la transparencia tiene dos manifestaciones en la contratación pública. Por un lado, como manifestación del gobierno abierto, la transparencia constituye un mecanismo a través del que los órganos de contratación y las Administraciones públicas, en general, rinden cuentas sobre la actividad contractual y la ciudadanía puede conocer y controlar la contratación pública. Por otro lado, como principio de la contratación pública, la transparencia es un mecanismo para impulsar la igualdad de los licitadores, promover la concurrencia, favorecer la integridad y, en última instancia, garantizar que los contratos se adjudican a la mejor oferta y se obtienen los resultados esperados*; en la obra colectiva *Tratado de Contratos del Sector Público*, coordinada por Gamero Casado, E., y Gallego Corcolés, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, Capítulo V: *Transparencia, acceso a la información y contratación pública*, pp. 321-322.

⁸⁷ Artículo 3 de la Directiva 2014/23/UE: Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia; según el cual, *el procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios*.

⁸⁸ Dejando patente en el Preámbulo de la ley que *los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio*; como respuesta a las exigencias de la Unión Europea en materia de contratación, establecidas entre otros, en el Considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE: “*La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta más ventajosa*”.

de la cuantía⁸⁹, las nuevas obligaciones de publicidad de los procedimientos de contratación⁹⁰ y, con respecto al estudio que en este trabajo analizamos, se incorporan también nuevas exigencias para los procedimientos de contratación menor, que a lo largo de nuestro estudio desarrollaremos de forma pormenorizada; todas ellas, respaldadas por las leyes que en materia de transparencia se han aprobado en los últimos años⁹¹, y que incluyen, como no podía ser de otro modo, las actuaciones llevadas a cabo en materia contractual.

El principio de transparencia propugna facilitar la máxima información posible de todas las fases del procedimiento de contratación a los posibles interesados; desde las actuaciones preparatorias -anuncios previos, consultas al mercado- hasta las decisiones de la mesa de contratación, pasando por la puesta a disposición de los documentos que rigen la licitación; con la finalidad de que todos los potenciales licitadores se encuentren en igualdad de condiciones para poder participar⁹².

Así mismo, este principio se sitúa como máximo exponente contra la posible arbitrariedad de las actuaciones de los órganos de contratación, tal y como viene a recordar el TJUE en su Sentencia de 29 de abril de 2004 (Asunto C-496/1999 P, Comisión de las Comunidades Europeas v. CAS Succhi di Frutta SpA) al señalar que *«por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, -se refiere al principio de igualdad de trato entre los licitadores- tiene*

⁸⁹ Cuya justificación se halla en la necesidad de obtener una mayor transparencia en los procedimientos; con independencia de la existencia de otras normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción.

⁹⁰ A estas nuevas obligaciones de publicidad de la contratación, haremos referencia en el siguiente apartado, dedicado al estudio del principio de publicidad en la contratación pública.

⁹¹ Al respecto la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobada por el Gobierno de España; la Ley 4/2016, de 15 de diciembre de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; y, más recientemente, la Ley 10/2019 de 10 de abril de Transparencia y de participación de la Comunidad de Madrid.

⁹² La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (Asunto C-324/98, Telaustria) reconoce al respecto que *la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.*

esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata»⁹³.

Ahora bien, este principio se encuentra en parte afectado por los límites de la confidencialidad de las ofertas, -cuyo derecho viene expresamente reconocido en la LCSP a los licitadores⁹⁴- aunque este no puede suponer estrictamente una

⁹³ En el mismo sentido y más recientemente, se puede consultar la TJUE, de 19 de marzo de 2010 (Asunto T-50/2005, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v. Comisión Europea*)

⁹⁴ Artículo 133 LCSP: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo”.

restricción absoluta a la transparencia, como así nos recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 58/2018: “...este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales. En relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la resolución nº 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales el “conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación⁹⁵”.

Este límite que afecta al principio de transparencia en los procedimientos de contratación, se ve reforzado por los pronunciamientos de las diferentes Juntas Consultivas de Contratación que existen en nuestro país, como así ha hecho la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña que, tras la consulta planteada por el Ayuntamiento de Torroella de Montgrí respecto a la posible confidencialidad o no, de ciertos documentos relativos a la acreditación de la capacidad para contratar de las empresas licitadoras así como de sus ofertas y proposiciones, entendiendo que debe compatibilizarse necesariamente, “el principio de confidencialidad con los principios de publicidad y transparencia que informan la contratación pública, después de hacer una ponderación en cada caso de los bienes jurídicos a proteger⁹⁶”.

⁹⁵ También defiende esta postura el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 616/2019, de 14 de noviembre y en su Resolución 558/2020, de 23 de abril de 2020.

⁹⁶ Informe 11/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que además nos recuerda que “la confidencialidad durante el proceso de selección y de adjudicación del contrato tiene por objeto, fundamentalmente, garantizar y proteger determinada información facilitada por las empresas licitadoras o candidatas. Esta protección tiene como finalidad, por una parte, salvaguardar determinados intereses de las empresas, pero también, por otra parte, fomentar la competencia. Por eso, según ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión (de ahora adelante, TJUE) es necesario el compromiso de las entidades contratantes de no difundir determinada información de los licitadores o candidatos. Específicamente, la sentencia de 14 de febrero de 2008 (Ass.

Al respecto también se ha pronunciado el TJUE en la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, (Asunto T-195/2008, Antwerpse Bouwwerken NV v. Comisión Europea) cuando advierte que *«(...) el principio de transparencia, contemplado, simultáneamente, en el art. 89, apartado 1, del Reglamento financiero y en el art. 2 de la Directiva 2004/2018 debe conciliarse con la protección del interés público, de los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas y de la competencia leal, lo que justifica la posibilidad prevista en el art. 100, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento financiero, de abstenerse de comunicar algunos datos a un licitador no seleccionado, cuando ello es necesario para garantizar el respeto de tales exigencias.»*

Pues bien, todos los esfuerzos realizados en materia regulatoria en el desarrollo y la aprobación de normas que reduzcan el oscurantismo en la contratación pública, apenas han sido trasladados a la contratación menor; estando ésta caracterizada por una suerte de opacidad en toda su tramitación, lo que pone *“de manifiesto que la simplificación del procedimiento de contratación en los contratos menores puede resultar difícil de conciliar con los requisitos y los principios que informan la contratación pública, y que la existencia de esta figura presenta problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario, dado que se podría considerar que no se respetan los principios generales de la contratación⁹⁷”*. Sin embargo, debemos recordar que, dado que el alcance de este tipo de procedimiento se reduce a situaciones excepcionales y limitadas, esa puntual falta de transparencia ha sido integrada en la norma, en pos de favorecer tanto la agilidad de las gestiones contractuales de menor calado como los ahorros en que ésta se traduce.

C-450/06, Varec, SA) señala que "los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se fundamentan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan. Éstos tienen que comunicar cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo que éstas comuniquen a terceros datos la divulgación de los cuales puede perjudicar a los operadores"

⁹⁷ Tal y como señala Candela Talavera, J.E., “La aplicación del principio de transparencia en la contratación: contrato menor y contratación electrónica”; *Revista Democracia y Gobierno Local*, 2015, pp.181-206, en concreto, p. 197.

En cualquier caso, dado que la aprobación de estas normas en favor de la transparencia contienen una regulación de mínimos y tienen como finalidad trasladar a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones que se llevan a cabo por las diferentes administraciones con los recursos públicos; es cierto que -sin perjuicio de la más que probable ralentización de la tramitación de las gestiones públicas al incorporar una nueva exigencia y consecuentemente también del gasto directo que ello pudiera implicar- nada impediría que fueran extendidas a la contratación menor⁹⁸.

1.2.4. Principio de Publicidad

Sin duda, el principio de publicidad se encuentra estrechamente relacionado con el principio de transparencia y alcanza una dimensión superior en la vigente LCSP al introducir definitivamente, como elemento obligatorio, la contratación electrónica, que viene a suponer una publicidad *ex ante* de toda contratación⁹⁹. Este principio, exige dar a conocer, no solo las contrataciones y las licitaciones, sino todos los aspectos de estas puesto que, de nada serviría comunicar una contratación sin la debida publicidad para acceder a su participación por los posibles interesados, o hacer pública una licitación sin permitir acceder a los documentos que han de regir la misma. Así, el propio Preámbulo de la ley señala como norma tendente al fomento de la transparencia, y con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, *“la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su*

⁹⁸ Tal y como sostiene el Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares al indicar que *“...hay que considerar que los contratos menores son una herramienta útil que permite la simplificación del procedimiento de contratación en los casos en que la prestación que se debe contratar tiene un importe bajo y se puede ejecutar en un plazo breve (hasta un año), pero se debería utilizar con carácter excepcional. De hecho, nada impide que los órganos de contratación den publicidad a sus contratos menores para promover la concurrencia, y, que, con esta finalidad, se publiquen anuncios en prensa o en el perfil de contratante y se soliciten presupuestos a diversas empresas, o se lleven a cabo otras actuaciones que permitan a los posibles interesados tener conocimiento de que el orden el órgano de contratación necesita contratar una prestación.”*

⁹⁹ A excepción de los contratos menores, cuya publicidad sólo resulta obligatoria *a posteriori*, tal y como señala el artículo 63.4 LCSP.

entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario”.

A este fuerte impulso de promoción de la publicidad, se une la ya existente obligación de todos los poderes adjudicadores de disponer de su propio perfil del contratante; cuestión esta que se ha tenido que regular de manera más exhaustiva dado que su cumplimiento apenas era respetado¹⁰⁰ y que se ha instrumentalizado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público¹⁰¹.

Por lo que se refiere a las nuevas exigencias en materia de publicidad de la contratación y la rendición de cuentas, destaca la obligación impuesta al órgano de contratación de difundir exclusivamente a través del perfil del contratante toda la información y documentos relativos a la actividad contractual; también se han incrementado las exigencias en cuanto a los documentos obligatorios a los que ha de darse publicidad, esto es, la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, o el documento de aprobación del expediente, entre otros. Además, en cuanto al procedimiento de adjudicación, se deberán publicar como mínimo, los anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, así como sus posibles modificaciones; el número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación

¹⁰⁰ Según datos estadísticos de la propia Plataforma de Contratos del Sector Público (última actualización: 31 de diciembre de 2018) el total de perfiles de contratantes dados de alta en la misma asciende a 16.050. [Sector Público Estatal: 1881, Sector Público de las CCAA: 1.063, Sector Público de las EELL: 13.106]. Antes de la citada obligación el incremento anual de las adscripciones de perfiles de contratante en la Plataforma apenas resultaba significativo [Total perfiles 2015: 3.986. Total perfiles 2016: 4.650. Total perfiles 2017: 5.892].

¹⁰¹ Cuya regulación se halla en el artículo 347 LCSP; íntegramente dedicado a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato. Sin embargo, ninguna de estas obligaciones de publicidad previa reguladas en el LCSP, se refiere a la contratación menor que, únicamente gozará de la misma si los propios órganos de contratación decidieran hacerlo así *motu proprio*, sin que exista ninguna exigencia formal al respecto. Nuevamente, coincide nuestra regulación al respecto con la de otros países afines que, como veremos al final de nuestro estudio, no promueven la publicidad previa de las adjudicaciones directas y que, a lo sumo, al igual que la norma nacional, requieren de la publicación *a posteriori* de la identificación del adjudicatario, y del valor y duración del contrato.

Finalmente, se han habilitado nuevos instrumentos de rendición de cuentas y control de la actuación contractual de los poderes adjudicadores, como la obligatoria publicidad de contratos menores y su remisión al Tribunal de Cuentas o al órgano de control externo correspondiente, la obligada planificación previa de la actividad contractual mediante la elaboración de un Plan Anual de Contratación o la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las posibles ilegalidades que pudieran acontecer en relación con la contratación pública.

En este punto, y por lo que respecta a uno de los instrumentos indicados en el párrafo anterior, en concreto, al Plan Anual de Contratación que han de elaborar todos los órganos de contratación; no queremos dejar de señalar que, desde nuestro punto de vista, se trata de una obligación esencial para un correcto control de la actividad contractual, pero que, sin embargo y de manera lamentable, carece de sanción en caso de incumplimiento por lo que su repercusión apenas sí se ha visto reflejada en la práctica, ya que, tal y como se muestra en el recién elaborado Informe anual de supervisión de la contratación pública en España de la

OIRESCON¹⁰² de la revisión de los perfiles alojados en las distintas Plataformas de contratación, se pone de manifiesto que tan sólo el 2% del total de estos, realiza la publicación de la programación en los perfiles integrados el PLACSP; lo que demuestra la escasa o nula planificación de las necesidades por parte de los gestores de la contratación pública, impidiendo una correcta organización y retrasando la puesta en marcha de las necesidades; abocando así, en demasiadas ocasiones, a proceder con urgencia o a acudir a la contratación por vía de la adjudicación directa¹⁰³.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión y como corolario final a esta exposición, podemos afirmar que, del conjunto de principios que rigen la contratación pública, el principio de no discriminación e igualdad de trato entre todos los licitadores es el punto de partida sobre el que se han de asentar los demás principios, puesto que, si no existe el respeto a esa igualdad, resulta incomprensible la aplicación de los restantes. Aún con ello, para poder hacer realidad un verdadero trato de igualdad entre todos los aspirantes a una contratación pública será necesario poner en práctica un trato no discriminatorio que permita a los empresarios participar en las licitaciones, y para ello deberá garantizarse la transparencia de éstas mediante su divulgación, facilitando y fomentando así, la libre competencia. Son todos ellos, por tanto, elementos complementarios que, siendo transversales se fortalecen llevando a cabo una actuación coaligada.

¹⁰² Informe anual de supervisión de la contratación pública en España (diciembre 2020) correspondiente al ejercicio 2019. Actuaciones de supervisión directa: La planificación de la contratación y la programación de los contratos.

¹⁰³ También el Tribunal de Cuentas en las Recomendaciones de su Informe nº 1.361 de fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016 recomienda que: “1. Los Ayuntamientos de Barcelona, Madrid, Málaga, Sevilla, Valencia y Zaragoza deberían llevar a cabo una adecuada planificación y programación de su gestión contractual que permita la contratación conjunta de las actuaciones de carácter necesario, reiterado y previsible, o la realización de prestaciones de naturaleza similar que responden a un fin único, restringiendo así la utilización de la figura del contrato menor en favor de los procedimientos ordinarios de preparación y adjudicación de los contratos”.

Ahora bien, las características propias de la figura de la contratación menor, hacen que la aplicación de todos los principios generales de la contratación se vea mermada al tratarse de un instrumento en el que el legislador consiente en dar preeminencia a la agilidad y simplificación de la tramitación del procedimiento para la consecución de las necesidades públicas que podríamos calificar como *carentes* de relevancia, frente al cumplimiento exhaustivo de los principios generales de actuación, en virtud de su escasa cuantía¹⁰⁴; si bien, la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha traído consigo la realización de un tramitación reducida del expediente de contrato menor que ha supuesto cierto incremento en la aproximación a una mayor aplicación de los principios generales de la contratación frente a sus predecesoras¹⁰⁵, lo que nos puede hacer pensar que la voluntad del legislador está en acercar esta figura, en la medida de lo posible, a un cumplimiento más riguroso de los principios generales de la contratación.

1.2.5. Nuevos principios en la contratación pública: especial estudio del Principio de Integridad

Los principios fundamentales de la contratación pública que acabamos de analizar se encuentran plenamente consolidados en el ordenamiento jurídico

¹⁰⁴ Y cuya excepción, también es aceptada tanto a nivel internacional por países de nuestro entorno, como Francia o Portugal, entre otros, tal y como analizaremos en el Capítulo IV de este estudio; como por la propia UE. A modo de ejemplo, el propio Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, permite la aplicación de un procedimiento negociado sin publicidad sin apenas reglas procedimentales, en contratos de cuantía media, escasa y muy escasa; siendo considerados como contratos de muy escasa cuantía los contratos de cuantía igual e inferior a 15.000 €. (Disposición 14.4 del Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión).

¹⁰⁵ “[E]n el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía”; Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 98/2018, de 4 de marzo de 2019.

español como elementos básicos y generales de actuación en materia contractual; sin embargo, y al igual que ha sucedido en el resto de países europeos, este conjunto de principios ha sufrido una evolución y desarrollo que, en España se ha hecho especialmente patente tras la aprobación de la Ley de contratos de 2017¹⁰⁶; y que ha propiciado el nacimiento de los que podríamos denominar *nuevos* principios de la contratación pública¹⁰⁷ aunque en puridad no son más -ni menos- que comportamientos éticos que deben guiar la conducta de los cargos y de los empleados públicos¹⁰⁸.

La regulación de dichos comportamientos éticos vienen a completar los principios generales existentes, incorporando de manera taxativa esas reglas y conductas de actuación que si bien, anteriormente se deducían del obligado comportamiento debido en las actuaciones contractuales, ahora, el legislador, se ha visto obligado a recoger de manera explícita con la finalidad de propiciar su respeto y exigir su cumplimiento efectivo por ser reglado; dando así lugar a perfeccionar el conjunto de los principios fundamentales sobre los que se asienta la contratación pública.

La incorporación de estos principios - integridad, eficiencia en el gasto público, salvaguarda de la libre competencia y selección de la oferta más ventajosa¹⁰⁹- vienen a completar la guía de actuación a la que se encuentra sometido cualquier

¹⁰⁶ Cuyo antecesor inmediato en nuestro ordenamiento se encuentra en la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; cuyo objetivo es fomentar las obligaciones de publicidad activa de las administraciones y cargos públicos y el derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos; lo que se traduce en un mayor control de estos al ser conocedores de cómo se adoptan las decisiones que les afectan, cómo se maneja los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas que los representan.

¹⁰⁷ Si bien, el hecho de su incorporación de manera explícita en el texto normativo de 2017 no supone propiamente una novedad en cuanto a que, en puridad, todos ellos forman parte de las reglas tradicionalmente implícitas en nuestra normativa y en su aplicación.

¹⁰⁸ Al respecto Cerrillo I Martínez, A., en la obra colectiva *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, coordinada por Gamero Casado, E., y Gallego Corcolés, I., Capítulo V: *Transparencia, acceso a la información y contratación pública*, pp. 321-322, en concreto, pp. 361- 364, cuando se ocupa de la ética al servicio de la transparencia de la Contratación Pública.

¹⁰⁹ El legislador ha querido situar la incorporación de este grupo de principios en el artículo 1 de la LCSP como muestra de su equidad con aquellos y, por tanto, de su relevancia en el cumplimiento de la norma. Su ubicación en el mismo precepto que los principios, llamémosles originarios de la contratación, muestra la trascendencia que el legislador les ha querido atribuir, subsumiendo todos ellos en una misma categoría y, por tanto, debiendo ser igualmente con aquellos, de obligado cumplimiento.

órgano de contratación. Ahora bien, tal y como hemos señalado, no podemos obviar que todos ellos, se encontraban subsumidos en los anteriores y que, la necesidad de ser plasmados en una norma se produce, tristemente, como consecuencia del erróneo comportamiento que existe en la actuación de los implicados en las compras públicas¹¹⁰.

Todos ellos, los principios originarios y los que ahora han sido incorporados, se encuentran sin duda, coaligados entre sí por el deber de buena administración, entendida como un derecho más de los ciudadanos, en garantía de intereses legítimos en sus relaciones con las Administraciones Públicas¹¹¹ que ha de prevalecer en todas las actuaciones de los órganos del sector público¹¹²; cuyas principales características pueden ser identificadas con “*el reconocimiento del protagonismo y centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico, la aproximación a las condiciones objetivas de la realidad, el empleo de la metodología del entendimiento, la promoción de la participación, la vinculación ética, el compromiso con la innovación y la sensibilidad social*”¹¹³; y cuyo incumplimiento, ha derivado en un crecimiento exponencial de los casos de

¹¹⁰ Aymerich Cano, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Contratación Pública*, nº 45-46, Zaragoza, 2015, pp. 209-239.

¹¹¹ Álvarez Fernández, M., en la obra colectiva coordinada por García Luengo, J., *Derecho del empleado público en el Principado de Asturias*, Iustel, Madrid, 2012, Capítulo XIII: *Los deberes de los empleados públicos*, pp.305-347, en concreto, p. 307.

¹¹² Mientras que los ejes fundamentales de la acción política se vienen regulando en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, al regular la transparencia, el acceso a la información pública y las normas para un buen gobierno, y en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración del Estado; el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público se ocupa de establecer las reglas de conducta de los trabajadores públicos *incorporando de manera novedosa un complejo sistema de deberes que se imponen a todos ellos en su Capítulo VI del Título III (arts. 52 a 54) y que bajo la denominación de Código de Conducta procede a regular tres cuestiones cuya distinción no resulta sencilla: deberes, principios éticos y principios de conducta*; nuevamente, Álvarez Fernández, M., en la obra colectiva coordinada por García Luengo, J., *Derecho del empleado público en el Principado de Asturias*, Iustel, Madrid, 2012, Capítulo XIII: *Los deberes de los empleados públicos*, pp.305-347, en concreto, p. 306.

¹¹³ Rodríguez-Arana Muñoz, J. y Herce Maza, J. I. “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Revista Gabilex*, núm. extraordinario, 2019, p. 40.

corrupción en las actuaciones públicas¹¹⁴, siendo la contratación una de las principales causas de corrupción en nuestro país¹¹⁵, tal y como nos recuerda la Fiscalía General del Estado al señalar que *“La contratación irregular está íntimamente relacionada con el fenómeno de la corrupción, que afecta de manera destacada a la credibilidad de los partidos políticos y, en conjunto, al sistema institucional”*¹¹⁶.

¹¹⁴ El Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción de la Unión Europea de 3 de febrero de 2014 destaca que, a pesar de que los Estados miembros de la UE disponen de la mayoría de los instrumentos jurídicos e instituciones necesarios para prevenir y luchar contra la corrupción los resultados no son satisfactorios, por decirlo suavemente. Destaca así mismo, la preocupación social por el *incremento de las protestas sociales que se han centrado no solo en las políticas económicas y sociales, sino también en la integridad y responsabilidad de las elites políticas; los grandes escándalos de corrupción, el uso indebido de fondos públicos o los comportamientos no éticos de políticos han contribuido al descontento público ya la desconfianza en el sistema político*; y por lo que se refiere en particular a nuestro país, la opinión general es que la corrupción está muy extendida en España (95% de los encuestados así lo creen) y un 87% considera que la utilización de los contactos es a menudo la manera más sencilla para obtener determinados servicios públicos.

Y, más recientemente, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo: “Una política global de la UE contra la corrupción” (COM/2003/0317 final) o, el Informe vigésimo primero de la Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF), del 1 de enero al 21 de diciembre de 2020, continúan insistiendo en la necesidad de reforzar los controles anti-fraude en los países miembros, destacando como una de las causas de corrupción la manipulación de las contrataciones públicas; especialmente en fondos agrícolas y estructurales, donde emergen sospechosos habituales, tales como los acuerdos colusorios, los pagos de sobornos y los conflictos de intereses.

¹¹⁵ Así lo ha puesto de manifiesto el Prof. Jimeno Feliu, J.M., al señalar que *“Entre los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, se viene mencionando que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector Energético y el de la defensa son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar diversas y variadas prácticas corruptas. Pero en los últimos años han crecido exponencialmente estas prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para financiación ilegal de partidos políticos o adjudicar directamente a personas o empresas afines”*; en la obra colectiva *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, coordinada por Gamero Casado, E., y Gallego Corcolés, I., Capítulo IV: *Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP*, pp. 242-320, p. 248.

¹¹⁶ La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2018 dedica su apartado 3.5 al estudio doctrinal sobre la contratación irregular en el sector público como supuesto de responsabilidad contable, en el que pone de manifiesto la vinculación directa existente entre la contratación irregular y el fenómeno de la corrupción, lo que afecta al sistema institucional ya que la incidencia de la contratación no se limita al equilibrio presupuestario, sino que extiende sus efectos a la problemática que entraña su regulación jurídica y al amplio fenómeno de la corrupción, lo que implica una afectación grave del sistema institucional y de los partidos políticos.

También a nivel europeo se trata de un problema de gran trascendencia, del que el propio Parlamento Europeo dejaba constancia al indicar que *“el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea; pide, por lo tanto, a la Comisión y a los Estados miembros que examinen atentamente las actuales normas relativas a la contratación pública y que elaboren propuestas para mejorarlas”*¹¹⁷. Así mismo, en el año 2011 vuelve a recordar este Parlamento que *“la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; y subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes*¹¹⁸.

Así, esta mala praxis en las compras públicas¹¹⁹ no afecta o se limita exclusivamente a su propia esfera, sino que se extiende a todo el sistema público dando lugar a *“la mala utilización de los recursos, (y) obliga a recortes en las políticas públicas más características del Estado social -educación, sanidad, servicios sociales, etc.- y agrava las desigualdades sociales. Y todo ello, en su*

¹¹⁷ Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude. Informe anual 2008; en lo referido a aumentar la transparencia y combatir el fraude, la corrupción y los delitos financieros.

¹¹⁸ Apartado 44 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública.

¹¹⁹ Que, para Martínez Fernández, J. M., es el ámbito de la gestión pública más vulnerable a la corrupción puesto que *“además del enorme coste directo económico, la corrupción tiene al menos otros tres tipos de costes: la deslegitimación del poder político; las dificultades burocráticas para emprender un negocio; y la pérdida de competitividad de las empresas”*. Vid., “Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública. De la potestad a la obligación”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, nº 205, Monográfico 2017: La nueva Ley de Contratos del Sector Público, p. 21.

conjunto, cuestiona la propia legitimidad democrática del Estado, en tanto se extiende la idea de que la respuesta del poder público a las demandas sociales es inequitativa¹²⁰”; debiendo obligar a poner en marcha en el sistema, mecanismos de control de naturaleza preventiva¹²¹ y también organismos de control posterior, como las Agencias anticorrupción o de integridad¹²² para que analicen las actuaciones llevadas y su sometimiento a los principios de actuación; al mismo tiempo que se debe exigir y reforzar la profesionalización de los gestores de la contratación pública¹²³, y ello porque en los últimos tiempos han sido tales las nuevas exigencias impuestas en la contratación pública¹²⁴ que ha provocado un cambio de tal calado que ha dejado constancia de las carencias y por tanto de las nuevas necesidades a las que se enfrenta esta área del derecho; y que han de solucionarse tanto con voluntad por parte de los profesionales del sector como mediante el correspondiente impulso económico y formativo de las administraciones para las que aquellos prestan sus servicios.

¹²⁰ Gimeno Feliu, J.M., “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 9, 2019, pp.1-17.

¹²¹ De nuevo Gimeno Feliu, J.M., “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, cit. p. 3; cuando recuerda que “la lógica de un Derecho Público garantista, moderno, vinculado al derecho a una buena administración aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido”.

¹²² Resulta de interés al respecto de esta cuestión, Cerrillo i Martínez, A., en *El principio de integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Madrid, 2018; en concreto,; pp. 440-488.

¹²³ En España, tras el impuso europeo promovido tras la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, se ha implementado un sistema de acreditación para los responsables de contratación pública a través de la UNE EN-ISO 17024, certificada por ENAC.

¹²⁴ En palabras de Malaret, E., en su artículo “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, Primer semestre 2016, pp. 21-60, en concreto p. 26, cuando señala lo siguiente: “La instrumentación contractual de la innovación, las formas de colaboración público-privada o la realización de cometidos medioambientales y sociales mediante la contratación pública–, cuando hasta fechas recientes parecían concentrarse en aspectos formales –tipología de los procedimientos de adjudicación, ámbito de aplicación de la legislación administrativa...–, y en el pasado se habían concentrado en la naturaleza y régimen jurídico de los contratos públicos –derecho administrativo vs. derecho civil–”.

Volviendo a la incorporación de estas *nuevas* reglas de actuación del buen gestor público -convertidas ahora en principios- de entre todas ellas, sin duda, prima por su relevancia con respecto al resto, el principio de integridad. Esta inclusión del principio de integridad en las contrataciones públicas surge, como apuntábamos anteriormente, de la necesidad de luchar contra la mala praxis que en los últimos años se ha instalado en los procedimientos de contratación¹²⁵, y con el objetivo de prevenir así la corrupción y los posibles conflictos de intereses, cuestiones que ya venían subsumidas en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁶ al reconocer por vez primera como tal, al derecho a una buena administración¹²⁷; dando lugar consecuentemente, a la consolidación del principio de transparencia y al incremento de la necesaria visibilidad de las actuaciones propias de las administraciones públicas¹²⁸. Posteriormente, este impulso de la integridad administrativa se vio reforzado en

¹²⁵ Como señala Jimeno Feliu, J.M., “*El mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público. De hecho, la organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno»*”; en la obra colectiva, *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, coordinada por Gamero Casado, E., y Gallego Corcolés, I., Capítulo IV: *Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP*, pp. 242-320, en concreto pp. 249-250.

¹²⁶ Artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Derecho a una buena administración. “*1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*”

¹²⁷ Antes de su reconocimiento como derecho fundamental, la jurisprudencia europea había recogido en numerosas sentencias el derecho a una buena gestión administrativa más como un principio general del derecho que como un principio fundamental. Al respecto véanse, entre otras, la Sentencia del TJUE de 31 de marzo de 1992 (Asunto C-255/90, P. Burban) así como la Sentencia TJUE de 15 de octubre de 1987 (Asunto 222/86, Heylens).

¹²⁸ A este respecto puede consultarse el estudio elaborado por Viñuales Ferreiro, S. “*El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Una visión crítica*” Estudios de Deusto. Vol. 63 núm. 1, 2015, pp. 423-435.

la Convención del año 2003, de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹²⁹ entre cuyos objetivos se encontraba el de *promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos*¹³⁰, y sería finalmente, tras su incorporación en numerosos preceptos de la Directiva 2014/24/UE¹³¹ -y consecuentemente, su trasposición a nuestra norma nacional- cuando se lograra atribuir una efectiva aplicación de la integridad en todas las fases del contrato. Si bien, existen voces que aspiraban a que su regulación legislativa fuera de mayor calado ya que un sector doctrinal ha criticado que “*no ha sido excesivamente ambiciosa a la hora de implementar en la contratación el principio de integridad, el cual aparece de forma parcial y fragmentaria, más como resultado que como medio, y se podía haber ido más allá del llamamiento genérico que se hace en el artículo 64, convirtiendo la integridad en un principio horizontal que impregna el conjunto de la regulación de la contratación pública, habiendo desperdiciado el potencial la doctrina que había sentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el año 2015 en asunto Edilux*¹³²”.

Ahora bien, al margen de las posibilidades de su implementación en nuestro sistema jurídico; la recién estrenada inclusión del principio de integridad en la norma contractual española¹³³ puede hacer pensar que la idea de una actuación

¹²⁹ Celebrada en Nueva York, el 31 de octubre de 2003 y que fue ratificada por España el 9 de junio de 2006.

¹³⁰ Artículo 1.c de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

¹³¹ Considerandos 37, 45, 58, 68, 90, 101, 110 y 114 y artículos 40, 41, 56, 72 y 76 de la Directiva 2014/24/UE Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE.

¹³² Tejedor Bielsa, J. C., *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia?*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, Madrid, 2018; pp. 128-129; García Amez, J., “Contratación pública y principio de integridad: su implementación en la ley de Contratos del Sector Público”, en la obra colectiva coordinada por Álvarez García, S., García Sánchez, J. y Herrero de la Escosura, P., *Amici, amico. Estudios en homenaje al profesor Antonio Aparicio Pérez*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2019, pp. 53-69, en concreto, p. 56.

¹³³ Tristemente, a nuestro entender, se ha producido esta incorporación del principio de integridad al conjunto de principios que rigen la contratación pública, siendo esta necesidad una muestra del devenir moral del comportamiento de aquellos que se han comprometido con la sociedad para dar el mejor uso a los recursos públicos y que ha llevado a la elaboración de la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, “Construir una

ética y ejemplar del gestor público en todas y cada una de las fases de la contratación pública es una obligación novedosa; a la luz de su extensa evolución legislativa en el marco europeo¹³⁴ queda desmontada cualquier opinión que hiciera dudar sobre la preexistencia del mismo. Pues bien, más curioso resulta, por la evidencia de la obligación en sí misma, que haya sido necesaria su regulación expresa en el ordenamiento jurídico, puesto que -si bien, ya existían numerosas referencias en la regulación contractual europea respecto de su obligado cumplimiento como hemos indicado- proceder de manera íntegra por parte de todos aquellos que participan en un proceso de contratación, es un deber fundamental de honradez, propio de quienes administran el dinero público; sin embargo, como nos recuerda el Prof. GIMENO FELIÚ *la inclusión de este principio de forma expresa (al menos en ámbitos tan sensibles como la contratación o ayudas públicas) no es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos*¹³⁵.

arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”, que “entiende en líneas generales que el objetivo de la profesionalización de la contratación pública es reflejar la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación; y señala la obligación de los Estados miembros de elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles”.

¹³⁴ Tal y como nos indica García Amez, J., op. cit., p. 68, al señalar que “No obstante, no es la primera vez que la Unión Europea ha venido a preocuparse por la integridad, toda vez que en los anteriores paquetes de Directivas sobre contratación pública ya venía advirtiendo sobre la necesidad de garantizar la integridad en las licitaciones públicas, tal y como puede verse en Cerrillo I. Martínez (2014). Debe señalarse que en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, este principio no es recogido de manera expresa en el articulado, aunque sí se infiere en el artículo 35 de la misma. No obstante, esta Directiva sí que menciona expresamente la integridad, aunque referida a los operadores económicos, en concreto en el considerando 70 y en el artículo 38.7.c), a la hora de ser excluidos los mismos por incumplir este deber”.

¹³⁵ Gimeno Feliu, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en la obra colectiva *Las Directivas de Contratación Pública*, monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

Al respecto, y en el caso de los empleados públicos, se debe añadir el sometimiento al conjunto de deberes recogidos en el Estatuto Básico del empleado público y más concretamente, a lo establecido en su código de conducta¹³⁶ en cuanto a su deber de respeto a los principios éticos y de conducta¹³⁷ que se basan en un comportamiento que está más relacionado con la moral y los usos sociales que, propiamente, con las normas jurídicas; y cuyo cumplimiento va más allá de las reglas de ejecución de sus funciones, impuestas de manera coercitiva por la legislación vigente en cada momento y, aunque son obligaciones legalmente establecidas, encuentran su apoyo en el respeto a la sociedad a la que prestan sus servicios sobre la base de una serie de principios y valores éticos -tales como la honestidad, la voluntad de servicio público y la transparencia e igualdad de trato¹³⁸- dado que su actuación se imputa a la administración de la que forman parte¹³⁹ la cual, tiene el deber de “*servir con objetividad los intereses generales y*

¹³⁶ Artículo 52 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta: “*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*”.

¹³⁷ Recogidos respectivamente, en los artículos 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹³⁸ Que se recogen en el artículo 52 del TREBEP en los siguientes términos: “*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes*”, que inspiran también su régimen disciplinario, y por tanto, su incumplimiento es objeto de sanción disciplinaria.

¹³⁹ Y que, además, han de estar guiados y dirigidos por un buen gobierno; entendiéndose como tal, aquel que está libre de arbitrariedad en la toma de decisiones, ineficiencia en su gestión, abuso de poder, corrupción y fraude; procurando regirse en la toma de decisiones en el respeto a las leyes, la transparencia y la rendición de cuentas a los ciudadanos.

actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” -como señala el artículo 103 de la CE- así como a la consecución de los intereses generales y a una actuación objetiva, orientada a la imparcialidad y al interés común¹⁴⁰. Deberes que han de permanecer durante todo el tiempo de servicio de los empleados públicos¹⁴¹, y que el legislador establece con carácter previo a los aspirantes, por tanto, antes de su pertenencia al cuerpo¹⁴², evitando así el acceso a aquellos que hayan incurrido previamente en conductas delictivas que serían impropias del empleado público; y es que, como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 151/1999, de 14 de septiembre, en cuanto a las cualidades éticas exigidas para regular la capacidad de acceso a la función pública, *“es necesario que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente”*¹⁴³.

Aún con todo, no podemos olvidar que, desafortunadamente y aunque no debería ser así, los ciclos políticos condicionan en gran medida el comportamiento

¹⁴⁰ Tales como el respeto a la Constitución española y al resto de las normas del ordenamiento jurídico, a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos; cumplimiento diligente de las tareas que les sean propias o se les encomienden, etc. Estos requisitos vienen recogidos en el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁴¹ Artículo 52 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: *“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes”*.

¹⁴² Y que regula el artículo 56 del Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, referidas a la nacionalidad, capacidad, titulación, habilitación, etc.

¹⁴³ Irurzun Montoro, F., “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, nº 286-287, enero-agosto 2010, pp. 79-111, en concreto, pp. 82-83.

de las administraciones¹⁴⁴ y por ende, el de sus empleados públicos¹⁴⁵, favoreciendo -dentro de la legalidad vigente en cada momento- una propensión, en mayor o menor medida, hacia la aplicación de unas u otras decisiones de carácter económico, social, etc. llegando a alcanzar, en algunos casos, también a la utilización de la contratación menor; esto es, imponiendo una mayor severidad en cuanto a su publicidad y transparencia; fomentando la participación de licitadores, etc., o todo lo contrario, limitándose a aplicar la ley escrupulosamente

¹⁴⁴ Tal y como señala Rodríguez-Arana Muñoz, J., “Los principios del derecho Global de la contratación pública”, *Revista derecho puCp*, n° 66, 2011, pp. 40-41, al referirse a los principios del Derecho Global de la Contratación Pública, y entendiendo que dicho fundamento se puede aplicar perfectamente en cuanto a la laxitud de la aplicación de los principios contractuales en los contratos menores, al manifestar la siguiente preocupación: “Pienso que esta idea gráfica sobre los principios como la atmósfera y el oxígeno de las normas explica hasta qué punto el olvido de los principios precipita la degradación del Derecho. “Sin ser demasiado pesimista —más bien realista— podemos afirmar que frente al intento sistemático y pertinaz de convertir el Derecho administrativo en un mero apéndice del poder, los principios generales se levantan como valladar inexpugnable que permite evitar esta terrible operación. Antes bien, el Derecho administrativo del Estado de Derecho debe mucho a los principios generales. Tanto que, si no fuera por ellos, probablemente la lucha contra las inmunidades del poder de la que habla García de Enterría hubiera sido desigual y con un claro vencedor. La exigencia de objetividad y transparencia en las contrataciones públicas —también en la dimensión mundial— facilita enormemente el control judicial de las adjudicaciones que los poderes de este tipo llevan a cabo todos los días. Si pensamos en la contratación pública y en el progresivo vaciamiento del principio de igualdad de trato en el espacio jurídico europeo, comprenderemos hasta qué punto el desconocimiento de los principios generales en materia de contratación pública termina por desnaturalizar el sentido y significado de una categoría jurídica que —aplicada al Derecho administrativo— se justifica en la medida en que pone a disposición de la población obras y servicios en las mejores condiciones técnicas posibles que permiten el progreso y el desarrollo del país en tanto mejoran las condiciones de vida de los ciudadanos”.

¹⁴⁵ Que bien parece que se les exige, una vez que pertenecen a la función pública, alcanzar cierto nivel de producción y desde la institución en la que prestan sus servicios, la formación recibida carece de los valores éticos y morales que aquellos han de defender. Nuevamente, Irurzun Montoro, F., “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, *Revista Documentación Administrativa*, n° 286-287, enero-agosto 2010, pp. 79-111, en concreto, p. 94: “Bien están las disposiciones constitucionales y la proclamación de determinados deberes y principios en el EBF, pero habrá, sobre todo, que educar al funcionario, desde su acceso y durante toda su vida profesional en el sentido de su función. No será garantía de nada pero habrá que reconocer que nuestro actual sistema de formación arroja, en no pocas ocasiones, a quien recién ha adquirido su empleo público a la soledad de una organización que le va a exigir desde el primer día un rendimiento profesional cuyo sentido y finalidad no le han sido suficientemente explicados. Surgen así, algunas desviaciones: el espíritu de pertenencia a un grupo privilegiado por su estabilidad laboral en el que lo más importante es sobrevivir a los vaivenes del turno político, o la actitud acomodaticia de los que, superado el proceso selectivo, consideran que ya han hecho toda la demostración de mérito y capacidad que les son exigibles en su vida profesional. Contra tales conductas de poco valen las disposiciones legales, ni exigencias o controles extravagantes en el proceso selectivo, todo lo que se puede hacer —y no es pocas— es educar, formar e insistir, creando una cultura de servicio al ciudadano que, una vez esté asentada en el colectivo de los funcionarios, repugne la actitud de quienes quieren seguir anteponiendo su personal interés al de los principios a los que sirve la Administración en la que presta sus servicios”.

sin ir más allá, o incluso, en algunos casos, aunque muy excepcionales, buscando eludir la aplicación de las mínimas exigencias que se contemplan en la norma. Estas situaciones se producen especialmente en el ámbito de las administraciones locales, pero no exclusivamente.

En opinión de quien suscribe, a lo largo del camino recorrido por este principio de integridad¹⁴⁶ se ha conseguido incorporar definitivamente la aplicación efectiva del mismo en las compras públicas, confiriéndole así el verdadero carácter de principio básico que actualmente rige en nuestra norma nacional¹⁴⁷; sin embargo, la crítica debe hacerse respecto a cuáles han sido las razones que han dado lugar a esta necesidad, y que no son otras que la corrupción, propiciada como consecuencia de la pérdida de valores éticos y morales; junto con la falta de profesionalización de todos aquellos que son, de alguna manera, partícipes en la materia que nos ocupa. Sin duda, debemos ser, quienes nos encontramos al frente de la contratación pública, los primeros en ser rigurosos y estrictos con el cumplimiento de la legalidad vigente a la hora de tramitar cualquier expediente de contratación, incluso aunque se trate de un contrato menor y *a priori*, pueda parecer algo insignificante. Así deberemos hacer valer estos principios, ante quienes proponen una contratación desde las diferentes áreas o servicios de nuestras administraciones; guiando, advirtiendo y en su caso, comunicando formalmente aquellas irregularidades que se puedan apreciar en las propuestas de

¹⁴⁶ Desde las primeras sentencias del TJUE en las que se contemplaba como un principio inspirador de las actuaciones de los gestores públicos, hasta su incorporación en nuestra LCSP, tras su reconocimiento en numerosos considerandos y artículos de la Directiva 2014/24/UE Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE.

¹⁴⁷ Tal ha sido la necesidad que existe de implementar este deber de comportamiento en las compras públicas y recordar a los gestores que sus actuaciones están sometidas al mismo que, por parte de la FEMP se ha elaborado recientemente una Guía de integridad en la contratación pública local para apoyar al mundo local en la consecución del objetivo de una contratación íntegra y transparente, al mismo tiempo que, aspira a lograr una vía para alcanzar una contratación estratégica, más eficiente y proveedora de mejores servicios públicos; así la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana de la FEMP presentó en el año 2019 esta guía de apoyo a las Entidades Locales con los objetivos generales de impulsar la cultura de integridad y transparencia en la contratación pública, difundir las novedades en materia de transparencia en el nuevo régimen de contratación, dotar a los empleados públicos y responsables políticos de herramientas base para implantar las novedades en el nuevo modelo de gobernanza de contratación pública y favorecer el intercambio de buenas prácticas en la aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato y libre competencia en la contratación.

contratación; pero para ello se necesitan dos elementos complementarios que son, la formación constante en nuestra área de trabajo¹⁴⁸ y un alto nivel de compromiso con los principios que todo servidor público debería tener.

En cuanto a la formación, la falta de voluntad, apoyos e incentivos por parte de quienes deberían pretender que, entre sus trabajadores se encontraran personas lo mejor formadas posibles, hace que solamente unos pocos puedan y quieran, asumir el esfuerzo que ello requiere, no sólo en cuanto a medios económicos se refiere¹⁴⁹ que también, -puesto que no se contemplan ayudas como norma general para la adquisición de manuales, asistencia a congresos, matriculas en másteres, etc.-; sino además, al tiempo que se ha de dedicar a la formación y que no siempre está contemplado como horas efectivas de trabajo y por tanto, aquellos que quieren formarse, se ven obligados a robar tiempo de su dedicación a la familia, hobbies, etc., puesto que, a día de hoy, no se valora la formación como un bien necesario para poder dar respuesta a las cuestiones que cada día surgen en la ejecución de las tareas profesionales y parece que, una vez obtenido el puesto de trabajo, uno podría permanecer toda su vida laboral sin haber aprendido nada más que aquello que formó parte del temario de su oposición, -en caso de que al puesto se haya accedido a través de este mecanismo, que no siempre es el caso- sin que algunos hayan caído en la cuenta que la legislación es un cuerpo vivo del que debemos conocer todo lo que afecta a nuestra labor¹⁵⁰. Si bien, y a pesar de no

¹⁴⁸ En la Conferencia “Modernizando la Contratación Pública”, organizada por la Comisión Europea, y celebrada en Bruselas el 30 de junio de 2011, ya se planteaba la necesidad de reflexionar sobre las medidas a adoptar para que la Contratación Pública se convirtiera en un instrumento verdaderamente eficaz para lograr un crecimiento fuerte y a la vez sostenible e inclusivo, de la economía en la Unión Europea; en la misma se concluyó que una de las necesidades para lograr dicho objetivo no era un cambio en la forma de contratar, sino más bien, la exigencia de profesionalizar la contratación pública; si bien, está resultando verdaderamente difícil promocionar la profesionalidad entre los gestores públicos dada la falta de apoyos institucionales.

¹⁴⁹ Tal y como señala Sanmartín Mora, M. A., “El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública”, *Observatorio de contratación pública*, 2011, disponible en www.obcp.es, al señalar que “*La profesionalización de los gestores de la contratación pública es un reto para el Sector Público al que hay que dar respuesta mediante una planificación que atienda a la formación integral de los empleados públicos, no sólo en los aspectos jurídicos sino en todas las áreas que abarcan sus nuevas responsabilidades, fomentando a la vez el desarrollo de nuevas aptitudes y la asunción de valores éticos*”.

¹⁵⁰ En octubre de 2017 la Comisión Europea adoptó una «Recomendación sobre la profesionalización de la contratación pública» para animar a los países de la UE a aumentar la profesionalidad de las autoridades responsables de la contratación. La Recomendación forma parte del Paquete de contratación pública, que

facilitar el acceso a la formación, las exigencias que recaen sobre los responsables de la contratación pública se acrecientan cada día, y no resulta extraño ver cómo la desidia debida a la imposibilidad de hacer respetar las normas, se apodera de algunos de los profesionales de este campo; más aún cuando hablamos de la contratación menor y cuando parece estar grabada a fuego entre responsables políticos y compañeros que se trata de una posibilidad para “dar” el contrato a quien ellos elijan arbitrariamente. Así, no resulta para nada sorprendente que se multipliquen las sentencias judiciales en las que el abuso de la contratación menor es el protagonista y en las que, tanto políticos como funcionarios se ven implicados en ellas¹⁵¹; y que, a pesar de ello, continúe resultando una lucha constante tratar de hacer comprender la necesidad del cumplimiento de la legalidad de este procedimiento, por insignificante que a muchos les pueda parecer, llegando incluso hasta el enfrentamiento¹⁵².

1.3. LA MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR

A pesar de lo trascendental del conjunto de principios que rigen la contratación pública y el alcance de éstos a todos los ámbitos y niveles del derecho -estatal, comunitario e

establece las prioridades de la política de contratación pública de la UE. *Las políticas de profesionalización a escala nacional son fundamentales para garantizar que los compradores tengan las capacidades, conocimientos e integridad necesarios. Deben abordar la formación y la gestión de la carrera profesional de los responsables de la contratación pública y proporcionar las herramientas necesarias para aumentar la eficiencia del proceso de contratación pública.* Fuente: www.ec.europa.eu

¹⁵¹ Al respecto la ya mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 28 de octubre de 2019 (rec. 56/2018), (Vid. nota 10), en una causa de prevaricación administrativa por fraccionamiento del objeto del contrato, en la que, en una única sesión de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante, y tras ser introducido en el Orden del Día con urgencia, fue aprobado el acuerdo relativo a veinticinco contratos menores a los que se referían veinticinco facturas cuestionadas, y que habían sido objeto de advertencia por el Interventor municipal y el Jefe del servicio de Comercio, mercados y consumo.

Por lo que se refiere a la corrupción de los funcionarios en el ámbito de la contratación pública, resulta de especial interés, Jareño Leal, A., “*Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*”, Ed. Iustel, Madrid, 2011; pp. 14-21.

¹⁵² Sobre la necesidad del fortalecimiento de la ética en la función pública, resulta de interés el monográfico “*Calidad, transparencia y ética pública*, INAP, Madrid, 2017, dirigido por Pintos Santiago, J.

internacional- encontramos en la figura del contrato menor, un tipo de procedimiento cuya regulación se aleja de estos principios y cuya actuación no se somete a los mismos de manera estricta¹⁵³, y todo ello, además, amparado por la normativa que lo regula en la que se justifica el sacrificio de algunos de los principios de la contratación pública, como la igualdad de trato, la libre concurrencia y la transparencia de los procedimientos, amparado en beneficio del interés público¹⁵⁴.

En este sentido, frente a la regla general conforme a la cual, la celebración de cualquier contrato público requiere arbitrar necesariamente un procedimiento administrativo legalmente establecido y reglado taxativamente y que, evidentemente, debe respetar los principios generales de la contratación; la figura del contrato menor quiebra esa regla y se caracteriza por gozar de una aplicación modulada de dichos principios bajo la justificación de la escasa cuantía económica que limita su aplicación¹⁵⁵, como ya hemos señalado anteriormente.

¹⁵³ Como nos recordaba en el año 2000 el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen nº 106/2000, de 25 de julio, cuando al referirse sobre la nulidad de pleno derecho de tres contratos menores de servicios para almacenaje y custodia de los productos de la ayuda humanitaria al pueblo albaniano-kosovar, indicaba en su Fundamento jurídico III que *“La efectiva concurrencia de esos elementos definidores del contrato menor (objeto y cuantía) no sólo permite una posibilidad de simplificación y agilización de la contratación, en cuanto que su tramitación se aparta de las reglas generales de la Ley, sino algo más trascendente. En efecto, aun configurado su régimen jurídico como norma de mínimos y, por ende, en términos de simple posibilidad, si hay algo que caracteriza sobremanera al contrato menor es que su regulación faculta al órgano de contratación a excepcionar los principios de publicidad y concurrencia, tal y como se deduce del artículo 57 de la Ley”*.

¹⁵⁴ Tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su reciente respuesta a la cuestión planteada por el Presidente de la Agrupación de Profesionales Taurinos Luchadores al respecto de varias cuestiones referidas a la tramitación del contrato menor, en el Informe 8/2020, de 12 de febrero de 2021, cuando señala que *“La finalidad de un sistema de contratación como el descrito es poder dar respuesta especialmente rápida y muy sencilla a necesidades inmediatas y perentorias del órgano de contratación y que, por su escasa cuantía, así lo demandan. En efecto, la justificación del sacrificio de alguno de los principios básicos de la contratación pública estriba, para estos precisos casos, en la escasa cuantía económica, que avala (del mismo modo que en otros supuestos contenidos en la ley como puede ser el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnico o la tramitación de emergencia) el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público”*.

¹⁵⁵ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 98/2018, de 4 de marzo de 2019 señala que *“en el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía”*.

Bien es cierto que nada impide que los poderes públicos que así lo deseen se sometan a tales principios en la tramitación de este tipo de contratos y, aunque la tendencia en este sentido cada vez va en aumento entre los poderes adjudicadores¹⁵⁶, lo cierto es que la norma, *stricto sensu*¹⁵⁷, no apunta en este sentido, ya que el legislador favorece la realización de una adjudicación directa a favor del licitador por el que opte el órgano de contratación sin sometimiento a ningún procedimiento de licitación y sin respetar en su totalidad, los principios generales de la contratación -contrariamente a lo que se exige para cualquier otro procedimiento de contratación público- como así lo avala la doctrina¹⁵⁸ y exigiendo, como únicos requisitos de la contratación menor, el cumplimiento de ciertos requisitos de carácter económico y temporal, que analizaremos de forma detallada en el Capítulo III del presente trabajo. En este sentido, la simplificación que aporta el contrato menor conlleva necesariamente un riesgo manifiesto para los principios rectores de la contratación pública, dado que, en este tipo de contratos concurren importantes salvedades para que exista una verdadera confluencia de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia¹⁵⁹.

Pero ¿a qué nos referimos al afirmar que existe una modulación en la aplicación de los principios que regulan la contratación pública al celebrar un contrato menor?¹⁶⁰ Como

¹⁵⁶ Ejemplos de ello son el Ayuntamiento de Langreo, la Universidad de Almería, o el Gobierno de Aragón, entre otros.

¹⁵⁷ Al respecto, y como tendremos ocasión de analizar en este mismo trabajo -especialmente, en cuanto a su alcance y obligatoriedad a los poderes adjudicadores de todo orden- la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIRESCON, sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre establece la obligación referida a la petición de tres ofertas en los contratos menores.

¹⁵⁸ “*En el caso de los contratos menores la adjudicación se puede hacer de forma directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y con la habilitación profesional necesaria siempre que cumplan las condiciones legalmente previstas*”. Informe 8/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 12 de febrero de 2021, cit. 154.

¹⁵⁹ Como señala Roás Martín, P.L., en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A. y Candela Talavera, J.E., Capítulo IV: “La correcta aplicación de los principios rectores de la contratación pública para evitar el riesgo de fraude en el uso del contrato menor”, pp.126-156, en concreto, p. 129; y añade que con esta simplificación, “*se obtiene una mayor agilidad del procedimiento, si bien señala que, la adjudicación directa del contrato en el que finalmente se traduce el procedimiento de contratación menor, exhibe un peligro, que se halla vinculado directamente con la propia naturaleza de este mecanismo de contratación*”.

¹⁶⁰ Al respecto, Nicolás Lucas, A., en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, coordinada por Sosa Wagner, F., Capítulo V: “Contratación Administrativa. El régimen jurídico de los contratos menores y su relación con el procedimiento negociado sin publicidad”, pp. 1811-1840, en concreto, pp.1824-1826.

hemos señalado en el apartado anterior, cada uno de los principios que rige la contratación pública nace para dar respuesta a la demanda generalizada de la eliminación de opacidad en los procedimientos de contratación, y a la exigencia de un necesario incremento de la publicidad para dar conocimiento a los posibles interesados, fomentando así, su participación y, finalmente, como no puede ser de otra manera, para proteger al erario público de su utilización fraudulenta. En definitiva, todos estos principios se implementan en las relaciones contractuales para aportar una mayor salvaguarda al principio de igualdad de trato y favorecer una mejor eficiencia en el gasto público. Sin embargo, la figura del contrato menor ha gozado históricamente de ciertos privilegios. En este sentido, la aplicación laxa de los principios generales de la contratación -facilitada por el legislador a lo largo de las diferentes regulaciones- permite en determinados supuestos tasados, que los operadores lleven a cabo contrataciones sin el sometimiento a las reglas generales de actuación establecidas, y, sin embargo, a pesar de que en la nueva LCSP17 se han implementado nuevas exigencias y se han superado algunos de los privilegios que se le venían concediendo hasta la fecha, esta figura aún conserva muchos de ellos, ya que, si bien es cierto que, como antes señalábamos, este tipo de contratos sólo se pueden llevar a cabo cuando existan ciertos límites económicos y temporales; no es menos cierto que una vez superadas estas condiciones, los órganos de contratación, gozan de plena libertad para llevarlos a efecto.

Así, frente a la obligada libertad de acceso a todas las licitaciones de los posibles operadores económicos del mercado a la que hacíamos referencia anteriormente, en este tipo de procedimiento, no solo se restringe dicha libertad de acceso, sino que se ve hasta tal punto mermada, que solamente será el contratista elegido por el órgano de contratación, el que conozca la voluntad de aquél de acometer la contratación, con la única limitación impuesta de reunir los requisitos de capacidad de obrar y habilitación profesional necesarios, quedando así también anulado, el principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, puesto que, ante la inexistencia de una posible pluralidad de participantes, -ya que no se da publicidad previa a la contratación- resulta imposible prestar un trato idéntico si sólo existe un contratista elegido; favoreciendo en todo caso, al adjudicatario designado frente a otros posibles empresarios que podrían llevar a cabo la actuación requerida, o en palabras del Prof. MORENO MOLINA “*la utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de*

la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación...¹⁶¹”.

Por otro lado, también se rompe el principio de libertad de acceso y de transparencia. Así, aunque la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, recogía lo que fueron los primeros pasos hacia una mayor publicidad de los contratos menores, contemplando la posibilidad de publicar trimestralmente la información relativa a las adjudicaciones celebradas a través de este procedimiento, pero no con carácter obligatorio¹⁶²; la LCSP17 introduce esta vez sí, la exigencia de divulgación de las contrataciones llevadas a través de este procedimiento aunque el hecho de que tal exigencia sea *a posteriori* de su adjudicación, se traduce en que no existe la menor posibilidad de permitir a terceros mostrar su interés de participación. A mayor abundamiento, y, a pesar de que la obligación impuesta no supone un obstáculo para la adjudicación ya que, como hemos dicho, se limita a dar publicidad a la contratación tras su adjudicación; esta publicidad puede llevarse a cabo en el plazo de hasta tres meses¹⁶³, concediendo así un amplio margen para poder cumplir el mandato normativo; e incorpora además, una salvedad, en cuanto a que no están incluidos la totalidad de los contratos menores, puesto que se exime de tal control de transparencia a

¹⁶¹ Moreno Molina, J.A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2008, nº 45, p. 54.

¹⁶² Artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: *1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:*

a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

En este sentido, puede verse, Vázquez Fernández, B., en la obra colectiva, *Todo sobre el contrato menor. Aproximación a los procedimientos alternativos*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, dirigida por Pintos Santiago, J., Capítulo III: “Sobre la necesidad de una interpretación unánime y un uso eficiente del contrato menor”, pp. 69-100, en concreto 74-76.

¹⁶³ Art. 63.4 LCSP: “*La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente...*”.

los contratos menores cuyo valor estimado sea inferior a 5.000 € y cuyo pago se realice a través del sistema de anticipo de caja fija o similar¹⁶⁴.

Como podemos observar, para la contratación menor hay una ausencia total de cualquier tipo de obligación de publicidad *ex ante*, por lo que la transparencia, siendo como es, principio vertebrador de la contratación pública¹⁶⁵, se aleja en las adjudicaciones directas, de las exigencias que se contemplan para el resto de los procedimientos, y choca con la significativa importancia que ha adquirido este principio en los últimos tiempos, en todas las actuaciones de la función pública, y que ha llegado a convertirse, “*en los últimos años, en un motor de cambio en las administraciones públicas y en sus relaciones con la ciudadanía*”¹⁶⁶”.

Y así, partiendo de esta laxitud en la aplicación de los principios generales de la contratación, todos aquellos otros que se derivan de los que podríamos denominar elementales o fundamentales, también resultan mermados. Véanse el principio de integridad, el referido a la transparencia, el principio de concurrencia y, por supuesto el referido a la selección de la oferta más ventajosa¹⁶⁷, los cuales, dejan de tener cabida en

¹⁶⁴ Art. 63.4 LCSP: “...*Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores*”.

¹⁶⁵Al respecto resulta muy interesante González Ríos, I., “*La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa*” *REALA*, nº 12, 2019, pp. 6-25, al señalar que “*Del Preámbulo y del art. 1 de dicha disposición (refiriéndose a la Ley 9/2017) se deduce que la transparencia en la contratación pública se erige en uno de los objetivos y fines [Entre la variedad de fines que recoge el art. 1 de la Ley 9/2017 CSP (garantizar principios como la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato a los licitadores, el principio de integridad; la estabilidad presupuestaria y control del gasto; la salvaguarda de la libre competencia; selección de la oferta más ventajosa; incorporación de criterios sociales y medioambientales; acceso a la contratación de pymes...) se incluye el principio de publicidad y transparencia de los procedimientos] que pretende alcanzar el legislador de 2017 y, en consecuencia se concibe como un logro a conseguir con el tiempo; constituye uno de los motivos por los que aprueba la Ley; y de forma más concreta es un principio básico de actuación en la contratación*”.

¹⁶⁶ Véase al respecto, Cerrillo I Martínez, A., “Las leyes de transparencia y la innovación en las Administraciones Públicas”, *Revista internacional de transparencia e integridad*, nº 5, 2017, pp. 1-17.

¹⁶⁷ Entendida, no como aquella en la que el coste es el más reducido de entre todas las ofertas presentadas, sino aquella en la que la relación calidad-precio permite obtener un mejor resultado en su conjunto; y ello porque precisamente, la posibilidad de obviar ciertos principios generales de la contratación, permite que no sea llevado a cabo un estudio de valoración de resultados o de obtención de mejoras, sino que se deja

la actual regulación de la figura del contrato menor, tal y como viene contemplada en nuestra vigente norma, y se deposita en manos del órgano de contratación y, en ocasiones, en manos de aquellos que participan en la directa tramitación del procedimiento, el respeto y sujeción a los mismos, sobre la base -no siempre respetada- del sometimiento que le deben a la buena administración de los fondos públicos, a la que nos hemos referido al hablar del principio de integridad.

Sin embargo, también encontramos que, a pesar de esta flexibilización de los principios generales de la contratación pública por parte de la norma en la contratación menor; hay quienes aspiran a dar cumplimiento a los mismos, aunque ello implique una mayor complejidad en la tramitación de dichos expedientes. Así, en los últimos tiempos, hemos visto cómo ciertas administraciones se han autoimpuesto unas normas que implican un mayor rigor en la aplicación de los diferentes aspectos de la contratación pública¹⁶⁸ y por supuesto, también en lo que se refiere a la figura del contrato menor¹⁶⁹, - rigor que se basa fundamentalmente, en la apertura de su mercado a la participación de todos aquellos empresarios que puedan estar interesados, sobre la base de una mayor transparencia de las contrataciones- y que van más allá de las establecidas en la propia

solamente al buen criterio del órgano de contratación, la selección del contratista, sin la exigencia de los controles básicos establecidos para el resto de procedimientos.

¹⁶⁸ Como son, el impulso de la contratación socialmente responsable, el fomento de las contrataciones de empresas de inserción, etc., que se recogen en numerosas instrucciones elaboradas en esta materia entre las que destacamos la Instrucción 1/2018, de 9 de mayo, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible del Ayuntamiento de Valladolid, que obliga a la invitación preferente de pequeñas y medianas empresas, cooperativas y/o empresarios autónomos, y especialmente a empresas de economía social y empresas creadas con el apoyo concreto de programas municipales de promoción de emprendedores, con capacidad y solvencia adecuada para ejecutar las prestaciones de que se trate, en los contratos menores. También encontramos en este sentido la Instrucción 1/2016, de 19 de enero de 2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal; o la Instrucción relativa a la incorporación de cláusulas sociales de género en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Zaragoza, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.

¹⁶⁹ De especial relevancia resulta la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, por ser pionera en tal regulación a nivel autonómico; y en lo que se refiere a los contratos menores, al establece en su artículo 4, la necesidad de consultar a tres empresas salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario; en determinados contratos menores, -en los de obras que superen los 30.000 euros y en los de servicios y suministros que superen los 6.000 euros IVA excluido- y, dando preferencia a la ejecución a través de medios telemáticos, con el fin de lograr una mayor transparencia que redundará en una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

ley estatal¹⁷⁰, fomentando con ello que las PYMEs y los autónomos, accedan a las compras menores de dichos poderes adjudicadores; ya sean más o menos cercanos a éstas, puesto que nada impide que un licitador de cualquier punto del país participe en un proceso público de compra menor, siempre que cumpla con las obligaciones exigidas.

Ahora bien, a pesar de este impulso a la concurrencia de todas las empresas en las compras menores, no podemos negar la realidad que muestra cómo la participación en contratos de obras y servicios menores resulta más atractiva para aquellas empresas más próximas a la administración contratante, mientras que en la participación en contratos de suministros no existe tal desequilibrio y hay una mayor afluencia de licitadores con independencia de la ubicación de la empresa. Ello es debido al grado de implicación que conllevan los contratos de obras y de servicios, ya que de por sí, suponen una mayor exigencia de gestión sumado a los gastos que pueden ocasionar tales distancias; frente a los contratos de suministros en los que, con independencia de las distancias -no debemos olvidar que hoy día, las entregas materiales se pueden hacer casi de manera inmediata desde y, a cualquier parte del territorio- la implicación empresarial es menor y por tanto, el contrato puede resultar más atractivo.

Este impulso del fomento de la participación de las empresas en las contrataciones menores al que nos referíamos y que, con carácter general parte de los empleados públicos, -como mayores conocedores de la materia contractual- necesita sin duda del respaldo político en tanto en cuanto que, una regulación más estricta de la norma general trae consigo un aumento de requisitos procedimentales que suponen un significativo incremento de la burocracia y por tanto, una mayor exigencia e implicación a los gestores de la contratación, además de cierto retraso en la consecución de los resultados deseados. Si bien, en contraposición, se obtiene una mejora sustancial en los resultados, brindando una mayor transparencia, posibilitando la participación de un mayor número de licitadores y, en consecuencia, obteniendo mejores resultados frente a una mera adjudicación directa, que -aunque plenamente legal dentro de los parámetros que contempla la norma- no obliga a ir más allá por parte de los órganos de contratación pero que elimina la competencia y la posibilidad de obtener mejores resultados calidad-precio

¹⁷⁰ Claro ejemplo de ello son la Instrucción 2/2016, de 2 de diciembre sobre el procedimiento de tramitación electrónica de los contratos menores en el ámbito del Ayuntamiento de Langreo, o el Procedimiento electrónico de contratos menores en el Ayuntamiento de Gijón y en sus organismos autónomos, aprobado por Resolución de la Alcaldía con fecha 19 de marzo de 2018.

en las compras públicas. Ahora bien, debemos reconocer que la aprobación de la Instrucción 1/2019¹⁷¹ por parte de la OIRESCON, ha supuesto un primer paso en esta dirección, ya que entiende que, a pesar de un relajado sometimiento del contrato menor a muchos de los principios generales de la contratación, resulta necesario articular un mecanismo para que la viabilidad jurídica de cualquier operación de esta naturaleza, no eluda las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de su fraccionamiento; y para ello, aprueba una serie de directrices¹⁷², como la

¹⁷¹ Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

¹⁷² Queremos traer aquí las diferentes posturas sobre la obligatoriedad de las Instrucciones adoptadas por la OIRESCON. Así, para algunas opiniones, éstas, únicamente son vinculantes para el Sector Público Estatal, esto es, Administración General del Estado y sus entidades instrumentales, ya que ir más allá excedería los límites de la competencia del Estado para dictar la legislación básica en materia de contratos, como se ha manifestado por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía de Andalucía en su Informe HIPI000019/2019 al señalar que “*pretender extender el ámbito subjetivo más allá de la Administración General del Estado, a todas las administraciones autonómicas y locales es un notable exceso, pues implicaría que instrucciones dictadas por un órgano no superior jerárquico, de otra Administración, adscrito a un Ministerio, y cuyos miembros son designados discrecionalmente, impongan la forma de actuar de otras Administraciones Públicas*”. Y en el mismo sentido lo han hecho Aragón [Circular 1/2019, de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, sobre el ámbito de aplicación de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre: “*Las circunstancias anteriores conducen a considerar que la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017, resulta obligatoria únicamente para las entidades del sector público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado. Por tanto, la tramitación de los contratos menores en la Comunidad Autónoma de Aragón se ajustará a lo dispuesto en el artículo 118.3 LCSP y el artículo 4.2 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón, tal y como han sido interpretados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón*”], Comunidad Valenciana [Informe 2/2019, de 13 de junio de 2019: “*De lo dispuesto en el artículo 332 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) no se desprende que la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sea obligatoria para el Sector público de la Generalitat. El apartado d) del número 7 de dicho artículo establece únicamente que las instrucciones de dicha oficina serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado y que se podrán aprobar para las finalidades que en el mismo apartado se establecen*”] y Castilla y León [Informe facultativo acerca del carácter vinculante para todos los órganos de contratación del sector público de la comunidad de Castilla y León de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre: puede concluirse que en nuestra opinión el contenido de las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión no vinculan a los órganos de contratación del sector público autonómico].

Mientras que otros autores defienden que su obligatoriedad se extiende también a las CCAA y EELL, especialmente tras la modificación de los términos de la redacción inicial de su obligatoriedad en que se

necesaria justificación en el expediente del contrato de la necesidad del mismo y la causa de la falta de planificación; justificación de la ausencia de fraccionamiento del objeto del contrato; o la exigencia de solicitud, por parte del órgano de contratación, de un mínimo de tres propuestas, de acuerdo con el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción¹⁷³.

Por tanto, si bien la ruptura frontal de los principios generales de la contratación pública resultaría inaceptable en cualquier tipo de procedimiento contractual; su laxitud en la aplicación de este tipo de procedimiento puede ser defendido en aras de una agilidad procedimental¹⁷⁴ que conllevaría igualmente un aprovechamiento de los recursos humanos y materiales a la administración contratante; racionalizando y haciendo así un uso responsable de los recursos de las administraciones públicas, sin que sea necesario hacer desaparecer del ordenamiento una figura cuya finalidad, como ya se ha defendido, es plenamente legítima.

Por tanto, a pesar de la disminución de la exigencia que admite la ley de contratos en su sometimiento a los principios generales de la contratación, debemos proteger la contratación menor de una inusitada relajación en la aplicación de dichos principios para

indicaba que la misma resultaba de obligación para *todos los órganos del sector público estatal* y que posteriormente se modificó por *todos los órganos de contratación del sector público del Estado*; tal es el caso de Núñez Jiménez, J.M., en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A. y Candela Talavero, J.E., Capítulo IX: “Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, pp. 271-319, en concreto p. 317 al referirse en este sentido en los siguientes términos: “*Quien suscribe se adhiere a la opinión de que la Instrucción 1/2019 tiene el carácter de interpretación legal vinculante para todas las entidades del sector público, todas las administraciones, entes y organismos relacionados en el artículo 3.1 de la LCSP y 2 de la LRJSP 40/2015, lo que significa que es de obligado cumplimiento para todas las administraciones territoriales (estatal, autonómica y local) e institucionales, so pena de incurrir en vicio de nulidad quién es la incumplan*”.

¹⁷³ Requisito que posteriormente fue matizado por Nota aclaratoria a la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, al señalar que se entenderá cumplida la obligación de solicitud de tres ofertas con la publicidad de la licitación, si así lo decidiese el órgano de contratación, dado que, en tales supuestos, la competencia ya quedaría garantizada. E incluso permitiendo su elusión siempre que sea posible justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas cuando dicho trámite no contribuya al fomento de la competencia, o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motivan el contrato menor.

¹⁷⁴ Al respecto, Peláez Albendea, L. y Peláez Muras, M., en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A., y Candela Talavero, J.E., Capítulo III: *Los principios generales de la contratación pública con efectos sobre el contrato menor. IV. Principio de eficiencia. La agilidad del contrato menor como fundamento del mismo*, pp. 110-116.

evitar caer en una pérdida total y absoluta del rigor en su ejecución; de tal manera que así se lograrían eliminar las objeciones que existen sobre éste y la firme oposición a su permanencia en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se propone, alcanzar un punto intermedio de consenso en su uso, aunando la sencillez procedimental propia de esta figura junto con un posible implemento de la rotación entre los empresarios capacitados; todo ello, sobre la base de la proporcionalidad del gasto.

Así, *de lege ferenda*, -en aquellos casos en los que no exista una norma propia y particular del poder adjudicador, aprobada para llevar a cabo la contratación menor¹⁷⁵-, se propone que cada órgano de contratación lleve a cabo la elaboración de listas abiertas de contratistas que abarquen las diferentes materias de las necesidades que éste pudiera tener o, al menos, una gran parte; para acudir a ellas de manera rotatoria. Facilitando así mismo, el dinamismo de tales listas de empresarios, al permitir la incorporación de nuevos empresarios a ellas sin mayor restricción que el cumplimiento de las exigencias de solvencia y capacidad profesional.

Se trata de una suerte de sistema dinámico de contratación simplificado, en el que, tras un análisis inicial de las capacidades del empresario que solicite el acceso -y que podría ser algo tan sencillo como estar inscrito en el ROLECE- éste sea incorporado al listado de proveedores a los que acudirá de manera rotativa el poder adjudicador cuando surja la necesidad y, al mismo tiempo permita la incorporación de nuevos empresarios por orden de solicitud, de manera continua para que dichas bases de datos no estén restringidas a unos pocos.

Ahora bien, una vez elaborados dichos listados entre los empresarios capacitados e interesados en participar, el siguiente paso sería establecer un mecanismo de selección para lograr una proporcionalidad del gasto; de tal modo que se deberían solicitar, a los tres o cinco primeros empresarios, un presupuesto para el caso concreto, eligiendo a uno

¹⁷⁵ Que, tal y como establece la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública; resultaría conveniente poner a disposición de los operadores económicos y de cualquier interesado, la normativa interna sobre contratación que elabore cada poder adjudicador de manera específica, esto es, llevar a cabo su publicación, puesto que "*la publicación de la normativa vigente en materia de contratación es la primera garantía de transparencia*"; p. 3.

de ellos, el cual, tras la adjudicación de ese contrato menor, se incorporaría al final de la lista para facilitar la rotación entre aquellos que forman parte del listado.

Con este mecanismo, entendemos que se podría facilitar el equilibrio entre el incremento de la participación en los contratos menores, facilitando el acceso a todo aquel que estuviera interesado, y la consecución del mejor resultado económico; y todo ello, con un mayor respeto a los principios generales de la contratación.

1.4. JUSTIFICACION DE LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR

Sin duda, la figura del contrato menor goza tanto de un nutrido grupo de defensores, como de detractores, aunque, bien es cierto que, en los últimos tiempos, las voces discordantes han superado a las afines; en parte por el uso inadecuado que de la misma se ha hecho por parte de los gestores públicos y en parte, debido a las nuevas exigencias que a dicha figura se han impuesto legislativamente.

A un lado, tenemos voces que defienden el uso de esta figura por su agilidad y sencillez procedimental -y ello a pesar de las nuevas exigencias recogidas en la LCSP- y que mantienen que *“se está produciendo una embestida descarnada contra el contrato menor”*, quizás debido al *“poso académico-teórico que mal se compadece con el funcionamiento ordinario, y hasta lógico, de las Administraciones Públicas; sosteniendo que la virulencia doctrinal contra el contrato menor trae causa de diversos acontecimientos de la reciente historia de España, en la que el contrato menor ha servido como instrumento al servicio de prácticas dudosas cuando no abiertamente corruptas. Sin embargo, no puede perderse de vista que su existencia aparece y discurre ligada al principio de eficiencia, como fundamento básico de la gestión administrativa consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución¹⁷⁶”*.

¹⁷⁶ Así lo han puesto de manifiesto Larrea Villarroya, F., e Iribarren Hernáiz, J., “Contrato menor y necesidades recurrentes: una tensión legal no resuelta”, *Observatorio de contratación pública*, 2019, disponible en www.obcp.es, al entender que se trata de una figura imprescindible para que la gestión pública sea eficiente y planteando si el ataque al contrato menor quizás pudiera traer causa en otra pretensión como es la privatización de servicios públicos.

En el lado opuesto encontramos autores que defienden firmemente una postura contraria y abogan por su desaparición del ordenamiento jurídico¹⁷⁷ al entender que su abuso puede derivar -y ciertamente, así sucede- en infracciones del ordenamiento y de la seguridad jurídica¹⁷⁸ y, por tanto, en un devenir perjudicial para las reglas básicas de actuación y los principios comunitarios de la contratación pública; y que, por ello, ha de ser exterminado de manera radical de nuestra regulación¹⁷⁹. También parece situarse en esta postura contraria el Prof. MORENO MOLINA ya que sostiene que *"Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley (refiriéndose a la ley 30/2007, de 30 de octubre). Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el art. 1 de la LCSP, hoy TRLCSP quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden –como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones, en especial las Corporaciones Locales– utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista¹⁸⁰".* Y continúa, *"la Ley de Contratos ha*

¹⁷⁷ Tal y como defiende Blanco López, F., "Contrato menor con tres ofertas", *Observatorio de contratación pública*, 2013, disponible en www.obcp.es, al afirmar que *"la única solución para erradicar el contrato menor es no utilizarlo. Y que, la erradicación del contrato menor pasa por la adjudicación de estos contratos mediante procedimiento abierto simplificado"*.

Así también lo manifestaba este mismo experto, en la jornada organizada por la Diputación de Castellón denominada "La nueva Directiva de Contratación Pública", junio de 2015, en la que indicaba que, debido a la falta de publicidad del contrato menor, y a su evolución Darwiniana, éste se ha adaptado manteniéndose al límite del amparo de la norma; y manifestando abiertamente su aspiración a la desaparición de la figura como respuesta a la necesaria transparencia de los procedimientos de contratación pública.

¹⁷⁸ Y es que, si bien estamos ante un procedimiento de contratación plenamente legal de nuestro ordenamiento jurídico, su uso fraudulento acarrea una infracción a la norma. Al respecto, el Prof. Gimeno Feliú, J.M., ha defendido la necesidad urgente de corregir el uso indebido del contrato menor, así como del procedimiento negociado sin publicidad, que bajo el «manto» de la simplificación permiten conductas claramente corruptas generando manifiesta ineficiencia. "La ley de contratos del sector público: ¿Una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 147, 2010, pp. 517-535, en concreto, p. 527.

¹⁷⁹ En este sentido, como nos recuerda Peláez Muras, M., en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A., y Candela Talavera, J.E., Capítulo I: *Introducción. La importancia y repercusión del contrato menor. II. El contrato menor como enemigo a batir y las resistencias frente a su limitación*, pp. 29-56, en concreto, p. 33, al señalar que *el ataque doctrinal contra el contrato menor ha sido generalizado, publicándose trabajos con títulos tan expresivos como «cerco a la contratación menor» o «jaque al contrato menor»*.

¹⁸⁰ Moreno Molina, J. A., "La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo", monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* que recoge

desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de libre competencia”. O más recientemente, el Prof. GIMENO FELIU ha afirmado que, “el mantenimiento de este procedimiento simplificado, -que en muchas ocasiones sirve para fragmentar el objeto del contrato- no parece una medida acertada (por mucho que convenga desde la utilidad práctica de la gestión) en tanto se restringe indebidamente la competencia (se confunde gasto menor con contrato menor identificando éste con la adjudicación directa sin competencia). Estamos, en definitiva, ante una de las zonas más oscuras de la contratación pública¹⁸¹”.

Sin embargo, pese a esta disparidad de opiniones, la realidad de nuestro ordenamiento jurídico actual es que el contrato menor está contemplado en la vigente normativa contractual y por ello se ha de aceptar que, para el legislador, -y también para quien suscribe este trabajo- se trata de una figura necesaria en nuestro ordenamiento y completamente ajustada a derecho; siendo por tanto su utilización, plenamente válida¹⁸²; sin perjuicio de la innegable necesidad de llevar a cabo ciertos ajustes que entendemos, mejorarían su comprensión y utilización.

Por tanto, partiendo del aval legislativo sobre el que se sustenta esta figura, resulta necesario analizar el fundamento de su creación, así como su naturaleza y el porqué de su permanencia en nuestro ordenamiento a través de las numerosas normas que la han regulado hasta llegar a la actualidad; ello, a pesar de la existencia de numerosas voces que se oponen a la misma y, a pesar también, de la existencia de nuevas figuras que *a priori*, podrían permitir propiciar su desaparición¹⁸³.

las ponencias del XVII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo: Agua, territorio, cambio climático y Derecho administrativo, 2009, pp. 337 a 354, en concreto, p. 347.

¹⁸¹ Así lo manifestó en su ponencia *Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública*; en el V Seminario de contratación pública, celebrado en Formigal, septiembre de 2014, p. 14.

¹⁸² Cuestión distinta, y dentro de la legitimación que sustenta a esta figura, son los posibles controles que, en opinión de quien suscribe deberían existir sobre la misma, con la finalidad de obtener una correcta aplicación por parte de los gestores públicos y limitar su uso abusivo.

¹⁸³ Y cuyo análisis será desarrollado en el Capítulo II de este trabajo, referido a las alternativas a la figura del contrato menor.

Ahora bien, es cierto que su uso ha sido -y sigue siendo- abusivo y erróneo en muchas ocasiones, sin embargo, el problema no estriba en la figura en sí misma, sino más bien en el uso inadecuado con el que se emplea. A nuestro entender, su desaparición no traería necesariamente una contratación plenamente transparente y sin mácula en el ordenamiento jurídico español, ya que creemos que no sería difícil sustituir las facilidades que otorga esta figura a quienes realizan una práctica incorrecta de la misma, por otra, justificado por ejemplo en necesidades de urgencia sobrevenidas quizás por la falta de instrumentos contractuales cuando, a nuestro entender, el problema no está evidentemente, en la regulación del procedimiento, sino en cómo se aplica. Sin duda, una parte importante de esta situación estriba en una implicación política excesiva en la contratación pública y en una claudicación por parte de los gestores públicos que, muchas veces se encuentran superados por la falta de instrumentos para frenar dicha intervención, al mismo tiempo que carecen de los medios necesarios para llevar a cabo una correcta planificación de las contrataciones como consecuencia de la falta de previsión del propio órgano de contratación; lo que aboca a las prisas, y por ende, al uso inadecuado de esta denostada figura. Cuestión que, como ya hemos indicado, se paliaría con la profesionalización de las partes implicadas en la contratación pública; no tanto de los gestores, que entendemos han de ser profesionales cualificados para ocupar un puesto de tal responsabilidad; como del resto de partícipes, esto es, impulsores de la contratación, proponentes y licitadores.

1.4.1. Origen y fundamento

Previamente a la incorporación de la denominación formal de *contrato menor* como concepto jurídico en nuestro ordenamiento¹⁸⁴, ya existía la posibilidad de eludir la aplicación de las normas generales de la contratación en determinadas circunstancias. Así, nuestras originarias normas contractuales exceptuaban, por un lado, supuestos referidos a *adquisiciones poco cuantiosas* y por otro, enumeraban una serie de artículos que se consideraban al margen de la aplicación de la norma general. Pero, a pesar de que la primera vez que se emplea la denominación de contrato menor en nuestro ordenamiento

¹⁸⁴ La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, introduce por vez primera la denominación de *contrato menor* en nuestro ordenamiento jurídico.

jurídico, es en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995¹⁸⁵, lo cierto es que debemos partir en nuestro análisis de la primera referencia histórica en materia de contratación pública en España de que somos conocedores, y que nos hace retrotraernos nada menos que hasta el reinado de Isabel II¹⁸⁶.

Así, en el año 1845, se aprobaba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas¹⁸⁷ la cual, -a pesar de no ocuparse de toda la regulación de la contratación pública general, sino que se limitaba exclusivamente a la contratación de las obras públicas- recogía la necesidad de marcar unas reglas para llevar a cabo las contrataciones de obras públicas como consecuencia de los abusos cometidos hasta el momento¹⁸⁸.

Corresponde ahora indicar someramente cuáles eran estas reglas de contratación para poder identificar el grado de exigencia de las mismas y en qué extremos se flexibilizaban

¹⁸⁵ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas. Artículo 57 Contratos menores: *“En los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía de conformidad con los artículos 121, 177 y 202, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Estos contratos no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.”*

¹⁸⁶ Cuyo reinado comprende el periodo del año 1833 al año 1868, y durante el cual, se aprobaron normas que resultaron ser trascendentales para la evolución administrativa de nuestro país en aspectos tales como la organización municipal, con la aprobación del Real Decreto de 23 de julio de 1835 para el arreglo provisional de los Ayuntamientos del Reino, y la Ley de organización y atribuciones de los Ayuntamiento de 14 de julio de 1840; que han sido la base de la actual organización municipal en España. Y otras, referidas a asuntos nacionales de gran calado como la Ley general de los ferrocarriles de 1855, o la Ley de Sociedades Bancarias y Crediticias de 1856.

¹⁸⁷ Aprobada por el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, de la mano del Ministro de la Gobernación de la Península, Pedro José Pidal.

¹⁸⁸ Pedro José Pidal, en su calidad de Ministro de la Gobernación de la Península, pone de manifiesto en esta Instrucción las irregularidades que ya por aquél entonces existían en la contratación pública -según se pone de manifiesto en su Exposición- y en la que se deja constancia, con cierta sorna y una buena dosis de ironía y sarcasmo, de la corruptela de aquellos que promueven la contratación pública al expresarse en los siguientes términos: *“Por desgracia algunos de sus promovedores, faltos de la necesaria experiencia, o han desconocido las resoluciones legales a que debían atenerse, o suponiéndolas de poca importancia en su aplicación, sin duda llegaron a persuadirse de que podrían suplirlas con sus propias inspiraciones, con la rutina autorizada por la costumbre, con la aquiescencia y buena voluntad de los diversos agentes de la administración. Quizá la misma dificultad de consultar la parte dispositiva de un ramo tan importante, y los vacíos que en ella se encuentran, pudieron alimentar este error, o hacerle parecer de menos trascendencia, a los que dirigidos por un celo más ardiente que ilustrado, consideran las reglas como una traba para dejarse conducir únicamente por el sentimiento del bien que los anima en sus empresas”*.

al admitir ciertas excepciones; así, estas reglas generales consistían en la necesidad de otorgar mediante subasta pública el encargo de la obra, con anuncio previo convenientemente publicado en los periódicos oficiales, indicando también las condiciones, presupuestos, planos y demás documentos referidos a la obra, así como la determinación del depósito de las garantías que en cada caso conviniera exigir a los licitadores para que pudieran sostener la puja o presentar sus proposiciones¹⁸⁹.

Unos años más tarde, de la mano de Juan Bravo Murillo y durante el mismo periodo monárquico, se aprueba el primer documento dedicado íntegramente a esta materia¹⁹⁰, se trata del Real Decreto de 27 de febrero de 1852¹⁹¹, mandando que los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrasen *por remate solemne y público*, previa la correspondiente subasta. El citado documento, al igual que la Instrucción de 1845, no escatima en críticas en cuanto a la aplicación irregular del procedimiento de contratación, -que en aquél momento se realizaba a través de subastas

¹⁸⁹ Artículo 13 de la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 1845:

“La concesión de las empresas de toda clase de obras públicas se otorgará por el Gobierno en el modo de forma que para cada caso se estime conveniente.

Las subastas de obras de cargo del Gobierno se celebrarán en Madrid por la Dirección General, y en las provincias por los gefes políticos, con asistencia del ingeniero jefe del distrito ó del que hiciere sus veces. Las garantías que en cada caso convenga exigir á los licitadores, la forma en que deberán estos sostener la puja ó presentar las proposiciones, y los términos en que se dará fin al remate, deberán anunciarse con la conveniente anticipación en los periódicos oficiales, indicando el lugar donde estarán de manifiesto las condiciones, presupuestos, planos y demás documentos referentes á la obra, á fin de que puedan consultarlos todos los que deseen interesarse en la subasta. A la adjudicación de tales obras deberá necesariamente preceder la aprobación superior.

Respecto de las obras provinciales y municipales, cuidarán los gefes políticos de que se observen las mismas formalidades con arreglo á lo que se determine para asegurar la mayor publicidad y concurrencia de las subastas, que no podrán tener efecto alguno sin que recaiga sobre ellas la Real aprobación, salvas las excepciones que se determinan más adelante”.

¹⁹⁰ Con anterioridad se había elaborado por el Ministerio de Hacienda un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos y aún habiendo sido este presentado a las Cortes, el 29 de diciembre de 1850, no había llegado a ser leído ni discutido. Por tanto, en el año 1852 se propone por Juan Bravo Murillo, Presidente del Consejo de Ministros del momento, la aprobación de este Real Decreto con la aspiración de que en un futuro adquiriera el carácter de ley dada la importancia de la materia que regulaba, y al *considerar, no solo la urgencia que hay de que se regularicen los métodos que hoy se siguen para la celebración de los contratos públicos, sino también, la creencia en que se encuentra de la bondad del trabajo de la comisión, y de que servirá, más bien para restringir los actos de la Administración y sujetarlos a limites estrechos, que para ampliarlos.*

¹⁹¹ Publicado en la Gaceta de Madrid núm. 6460 de 29 de febrero de 1852, que resultó sin duda un documento básico y fundamental para el establecimiento de las bases de la contratación pública en España.

públicas¹⁹²- y, hace referencia a una serie de supuestos tasados en los que se admite exceptuar “*las solemnidades de las subastas y remates públicos*”, al considerar que “*hay contratos en que no cabe licitación de ninguna especie sin riesgo para la seguridad o para los intereses del Estado, por no ser prudente poner los servicios públicos en manos que no presten al Gobierno otra garantía que la pecuniaria*”.

Al respecto, contempla el artículo sexto del mencionado Real Decreto de 1852, en sus tres primeros apartados, dos tipos de excepciones. Así, en primer lugar, el precepto recoge varias excepciones vinculadas a razones económicas y al número de entregas anuales que se realicen; en orden de importancia, y en función del órgano con el que se verificase el concierto:

**En primer lugar, si se verifica con uno de los Ministros de la Corona, quedarán exceptuados los contratos que no excedan de 30.000 reales en su importe total o seis mil entregas anuales.*

**En segundo lugar, si se verifica por las Direcciones Generales, los límites se reducen a 15.000 reales o tres mil entregas anuales.*

**Finalmente, si el contrato se celebra por delegación en las provincias y se autoriza para ello por el Gobierno o su delegado, se reduce aún más, a 5.000 reales y mil entregas anuales.*

En estos tres supuestos de excepción, que podemos asimilar al actual contrato menor, en cuanto que se establecían unos límites económicos y unas cantidades anuales máximas de entregas de materiales; existía una vinculación directa entre el cargo público que las podía aplicar, los límites económicos y las entregas anuales máximas que se podían realizar. Ahora bien, no se refiere la norma al rango político como tal, sino al presupuesto económico que le era asignado en función de la institución que dirigía, o lo que es lo mismo, el fundamento de esta excepción no está en el cargo público que la aplica, sino que tal extremo atendía a la relación directa existente entre dicho cargo y el presupuesto económico que manejaba aquél, según el ámbito competencial que ocupara, ya fuera

¹⁹² Señala así que “*A dos graves inconvenientes estaban sujetas las subastas públicas. Consistía el primero en la confabulación de los licitadores o en la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás a concederle una prima para evitar sus pujas; y el segundo en el acaloramiento de los mismos, que solía llevarlos a veces a hacer proposiciones tan onerosas que no le será posible cumplir después. El resultado de esto era con frecuencia que, creyendo la Administración haber obtenido contratos ventajosos, veía al fin burladas sus esperanzas con pérdida de tiempo y de dinero*”.

Ministro, Director General o Delegado del Gobierno en una provincia; cuyos fondos económicos variaban sustancialmente¹⁹³ y que, desde nuestro punto de vista, sería una medida más que razonable y apropiada para adoptar en nuestra regulación actual.

Se trata por tanto de una postura opuesta a la regulación vigente, en la que se han equiparado las cuantías económicas de aplicación para cualquier contrato menor que se celebre, sin detenerse a valorar ni tener en cuenta, cual es el presupuesto que maneja el órgano contratante¹⁹⁴ y, respecto a la que entendemos, debería volver a reconducirse esta figura, puesto que esta aparente igualdad conlleva una desigualdad implícita¹⁹⁵ que permite finalmente, favorecer comportamientos abusivos. Así, al establecer de manera general unas cuantías máximas para la aplicación de este procedimiento, es decir, sin atender al presupuesto disponible de los diferentes órganos de contratación; se puede caer en una desviación en cuanto a la correcta ejecución del contrato menor, dado que, cumpliendo rigurosamente con los límites económicos establecidos en la norma, se podría dar el caso de que algunos órganos de contratación pudieran llevar a cabo todas sus contrataciones mediante este tipo de procedimiento, obviando así la necesidad de aplicar

¹⁹³ Al igual que sucede actualmente, no es igual el presupuesto de un Ministerio que el de una Diputación o el de una Provincia, ni mucho menos que el de un municipio; y ni siquiera el de estos entre sí; menos aún si se compara el presupuesto de un Ministerio con el de un Ayuntamiento de tercera categoría. Pues bien, lo que ha hecho el legislador actual, es abandonar aquella postura que defendía la norma del siglo XIX, y tratar en igualdad de condiciones la contratación menor ya se trate de un pequeño Ayuntamiento como el de Teverga en Asturias, con un presupuesto de 1.750.775 € para 2021 (Fuente: BOPA nº 250 de 30 de diciembre de 2020), ya se trate, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones con un presupuesto de 28.840 millones de euros para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021).

¹⁹⁴ Una equiparación de las cuantías en el procedimiento menor para todo tipo de órganos de contratación, sin atender al presupuesto manejado por cada uno de ellos, puede favorecer en muchos casos que el único procedimiento empleado por órganos de bajo presupuesto sea exclusivamente el de las adjudicaciones directas, ignorando en todas y cada una de sus contrataciones los principios generales de la contratación, debido a la homogenización que contempla la norma a nivel económico.

¹⁹⁵ Recordando a Aristóteles en Moral a Nicómaco, Libro quinto, Capítulo III: *“Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad, y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad; porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual.”* cuyas teorías se recuerdan en la Política, Libro III, Capítulo VII.

En el mismo sentido Mendonca, D. y Guibourg, R.A., afirman que tratar los casos iguales de manera igual es una de las formulaciones típicas de la regla de justicia, esto es, la igualdad en la aplicación de la ley. *“La odisea constitucional. Constitución, teoría y método”*, Marcial Pons, Madrid, 2004, Capítulo VIII.3. Reconsideración de la regla de la justicia. pp. 185-190, p. 186.

otros procedimientos que les obligarían a someterse a los principios generales de la contratación de manera estricta.

Queremos detenernos sobre esta cuestión que, sin duda, entendemos, merece una mención especial y una reflexión con respecto a la evolución de la norma desde sus orígenes hasta llegar a su regulación actual; y ello porque en nuestra opinión, la equiparación de los límites económicos que permiten realizar una contratación a través de este procedimiento, y por tanto, la pérdida de la referencia al monto del presupuesto del órgano de contratación -en contra de lo que contemplaba el Real Decreto del 1852- ha sido muy desafortunada para la figura objeto de este estudio, puesto que, aunque pudiera parecer lo contrario, su eliminación de la regulación ha supuesto una gran desigualdad para los poderes adjudicadores debido a la diversidad de órganos de contratación que existen en nuestro país, sometidos a una ley de contratos que no atiende a las particularidades propias de cada uno de ellos, tratándolos a todos con la misma rigurosidad o laxitud -según se mire- en la aplicación de esta figura. Recordemos que esta regulación es aplicable a la pluralidad de administraciones y organismos públicos que configuran la estructura orgánica y funcional del país, esto es, administración general del estado, diputaciones, provincias, entidades locales, organismos autónomos, universidades públicas, consorcios y un largo etcétera¹⁹⁶; y que, tan sólo a modo de ejemplo, queremos recordar que en España, existen 8.131 municipios¹⁹⁷, de los cuales, 5.002 tienen una población inferior al millar de habitantes y tan solo 63 municipios cuentan con más de cien mil habitantes¹⁹⁸, lo que nos muestra la disparidad existente entre ellos y como consecuencia, la diversidad de la capacidad económica de los mismos y con el resto de organismos públicos.

Visto lo cual, la falta de atención a las particularidades propias de las pluralidad de entidades existentes en nuestro país, y la capacidad de gasto de los distintos órganos de contratación de cada una de ellas, puede favorecer la desigualdad, puesto que resulta

¹⁹⁶ Recogido en el artículo 3 LCSP.

¹⁹⁷ Fuente: Instituto Nacional de Estadística: Estadística del Padrón continuo a 1 de enero de 2021. Si bien, en el mes de noviembre de 2021 se ha llevado a cabo la oportuna aprobación en Consejo de Ministros para realizar la consulta popular sobre el ejercicio de la iniciativa para la tramitación del procedimiento de fusión de ambos municipios, con la finalidad de fusionar los municipios de Villanueva de la Serena y de Don Benito en la provincia de Badajoz; por lo que si dicha fusión resultara aprobada, los municipios españoles se verían reducidos a 8.130.

¹⁹⁸ Fuente: Instituto Nacional de Estadística: Estadística del Padrón continuo a 1 de enero de 2021.

evidente que no se puede dar la misma importancia a dos contratos menores de idéntica cuantía, que hayan sido celebrados por poderes adjudicadores con disponibilidad económica significativamente diferente, y es que, como señala la OIRESCON en su Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, “*hay que tener en cuenta las características de los entes públicos, estableciendo requisitos distintos según los medios y los presupuestos con los que cuentan. Así, no tienen la misma necesidad ni disponen de los mismos recursos los municipios de mil habitantes que los Ministerios o Consejería autonómicos*¹⁹⁹”. A modo de ejemplo, una obra menor celebrada por un Ministerio, puede suponer -con idéntica cuantía de gasto- la única obra principal que vaya a cabo un municipio de tercera categoría, en todo un ejercicio presupuestario y ser, por tanto, el mayor gasto de su presupuesto anual, aún siendo ambos contratos menores y de idéntica cuantía. Lo que no resulta a todas luces correcto, tal y como está regulada la norma, es que quepa la posibilidad de obviar la realización de procedimientos de contratación transparentes y concurrentes, sometidos a los principios generales de la contratación en todas las posibles contrataciones de una entidad de bajo presupuesto porque por cuantía y duración encajen en los límites establecidos, y bajo el amparo de una norma de aplicación general que no tiene en cuenta aspectos como este.

Parecería así que los poderes adjudicadores con bajo presupuesto podrían estar exentos del sometimiento a los principios generales de la contratación porque solo realizan contratos menores mientras que otros entes, los de mayor capacidad presupuestaria, si debieran someterse a dichos principios contractuales. Volvemos a señalar por tanto que el legislador ha errado, dado que esa pretensión de igualar las cuantías máximas de aplicación de los contratos menores para todo tipo de poder adjudicador, sin atender a la capacidad presupuestaria que maneje cada uno de ellos, genera como se puede apreciar, una gran desigualdad en cuanto a que es posible que unos eludan los principios generales de contratación en la mayor parte de sus actuaciones.

¹⁹⁹ Tal y como recuerda Núñez Jiménez, J.M., en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A., y Candela Talavero, J.E., Capítulo IX: *Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*, pp. 271-319, p. 318; y se cuestiona porqué el legislador continúa manteniendo la figura del contrato menor en nuestro ordenamiento dado que tanto daño hace a la transparencia contractual y si no sería mejor contemplar una legislación *ad hoc* para las entidades locales menores, creando sistemas o figuras que las permita contratar de forma ágil garantizando la libertad de concurrencia.

Volviendo a la norma del año 1852, queremos señalar que resulta, cuanto menos sorprendente, comprobar cómo ya, en la regulación decimonónica, existía la posibilidad de exceptuar la aplicación de las reglas generales en la contratación pública. Lo cual, nos debe llevar a hacer una reflexión, y esta es que, siendo como es la figura del contrato menor una de las más controvertidas de la contratación pública en España, -dado que su aplicación permite obviar el cumplimiento de los principios generales de la contratación y de las normas que la rigen- podemos afirmar que, si casi cien años de evolución histórica en la contratación pública no han permitido solucionar tal controversia que suscita -ya que, a la vista de las continuas manifestaciones contrarias a esta figura al respecto de su abuso, infracción del ordenamiento en cuanto fraccionamiento del contrato y causa de corrupción en nuestro sistema, de las que hemos dejado constancia en este mismo epígrafe- queremos poner de manifiesto que el problema no está en que este procedimiento recoja una serie de excepciones -estrictas y regladas- de los principios generales de la contratación, sino en el uso abusivo e indiscriminado que, de dichas excepciones se ha hecho a lo largo de tantos años por parte de los gestores públicos²⁰⁰ y, por tanto, la solución no estaría en su eliminación de nuestro ordenamiento²⁰¹ sino en un correcto empleo de las facultades de excepción que la norma contempla. Considerar la norma como una traba y caer en el error de culpabilizarla en lugar de reconocer cierta inoperancia por parte de quienes la aplican, sería como culpar al caballo de la falta de destreza del jinete que lo monta y ansiar el sacrificio del animal, con la pretensión de evitar así, afrontar el verdadero problema y darle por fin, una solución.

En segundo lugar, el artículo sexto del mencionado Real Decreto de 1852, enumeraba taxativamente otros supuestos de excepción de las solemnidades de las subastas y remates públicos exigidos, que, más que con las características propias del contrato menor, se identifican sin lugar a duda, con nuestro actual procedimiento negociado sin

²⁰⁰ Y que han provocado fraccionamientos indebidos del objeto del contrato, oscurantismo en la publicidad de las adjudicaciones, etc.

²⁰¹ Si bien, esta podría parecer a priori una buena solución, sin duda la eliminación de esta figura traería consigo un retraso muy significativo en la consecución de las necesidades de los órganos de contratación y un gasto innecesario, reduciendo así la eficiencia en la ejecución de los fondos públicos.

publicidad²⁰², puesto que todos ellos están basados en razones de exclusividad, urgencia, propiedad intelectual, seguridad del Estado, etc.²⁰³.

Finalmente, se exigía que, *para celebrar cualquier contrato de los mencionados en este artículo deberá preceder un Real decreto de autorización expedido con acuerdo del Consejo de Ministros; y en cuanto á los comprendidos en los números 4. °, 5. °, 6° y 7. el dictamen del Consejo Real en pleno, ó respectivas Secciones del mismo, según lo exigiere la importancia del asunto*²⁰⁴.

Más tarde, sería la Real Orden de septiembre de 1852²⁰⁵, la que aprobase la Instrucción para el cumplimiento de las disposiciones que contenía el Real Decreto 27 de febrero de 1852, sobre contratación de servicios y obras públicas, y en cuyo artículo tercero se venían a regular las adjudicaciones directas prescindiendo del procedimiento establecido para otro tipo de adquisiciones; y señalaba que, para eludir la licitación pública contemplada en el artículo sexto *in fine* del Real Decreto y que se refería a todo servicio cuyo coste no excediera de 500 reales; según el cual, se permitía prescindir tanto de las formalidades como de la declaración de autorización previa necesaria porque se

²⁰² Al igual que en este supuesto decimonónico, el artículo 168 de la LCSP17 contempla la posibilidad de aplicar el procedimiento negociado, obviando la publicación de un anuncio de licitación en aquellos casos en los que no se haya presentado ninguna oferta en un procedimiento previo abierto o restringido, o esta no sea adecuada; cuando la encomienda solo pueda ser realizada por un empresario determinado por razones técnicas, derechos exclusivos, acción artística; cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado para la protección de los intereses de la seguridad del Estado, etc.

²⁰³ Tal y como señala el artículo 6 del Real Decreto de 1852, en los apartados 4º a 10ª:

4º Los contratos sobre objetos cuyo productor disfrute de privilegios de invención o introducción.

5º Aquellos que sean sobre artículos en que no haya más que un solo productor.

6º Los que versen sobre objetos de que no haya sino más que un solo poseedor.

7º Los contratos de reconocida urgencia que por circunstancias imprevistas demandaren un pronto servicio que no dé lugar á los trámites prefijados.

8º Los que se verifiquen después de dos subastas consecutivas sin haber licitadores, con tal que no exceda del tipo fijado en las condiciones.

9º Los contratos en que la seguridad del Estado exige garantías especiales ó gran reserva por parte de la administración.

10º Los contratos de explotación, fabricación ó abastecimiento que se hagan por vía de ensayo.

²⁰⁴ Último párrafo del apartado 6º del Real Decreto de 27 de febrero de 1852.

²⁰⁵ Publicada en la Gaceta de Madrid núm. 6664, de 20 de septiembre de 1852.

sobreentendía que existía, *ope legis*, urgencia en dicha contratación²⁰⁶, aunque en el fondo lo que estaba detrás de esta norma es más bien una consideración de proporcionalidad y eficiencia en la actuación de la Administración.

Posteriormente, en la Ley de la Hacienda pública de 1 de julio de 1911 -en su Capítulo V, referido a las contrataciones de servicios y obras públicas- los supuestos de excepción fueron variando moderadamente²⁰⁷; y, por lo que se refiere a nuestro estudio particular, resulta de especial atención el apartado primero de su artículo 56 cuando señala que: *“Quedan igualmente exceptuados de las formalidades de la subasta o concurso y podrán ejecutarse por administración, los servicios siguientes: los que no excedan de 25.000 pesetas en su total importe o de 5000 las entregas que deban hacerse anualmente, siempre que estas no excedan de 10”*; dejando en el olvido la referencia que, a nuestro modo de ver, supuso uno de los principales elementos diferenciadores en la aplicación de las excepciones, esto es, el presupuesto del órgano de contratación; e igualando las cantidades económicas limitantes sin atender a ningún criterio objetivo, lo que supone, a nuestro entender, un grave error puesto que desde este momento, la evolución que se le ha dado a esta figura no ha recuperado uno de los principales elementos que deben formar parte del contrato menor, y que no es otro que la equiparación de las cuantías de posible

²⁰⁶ Art. 3.º de la Instrucción de 20 de septiembre de 1852: *“La excepción de la subasta pública respecto de los contratos á que se refiere el art. 6.º del Real decreto se entiende solo para en el caso de que el interés del servicio exija prescindir de este trámite, sin cuya previa declaración, por los medios que el mismo artículo establece, se entenderán sujetos como todos los demás á la pública licitación: se declaran no obstante relevados de ella, sin necesidad en caso alguno de previa autorización, que al efecto se tendrá por concedida desde ahora, todo servicio cuyo coste no exceda de 500 rs., considerándose como comprendidos entre los de reconocida urgencia”.*

²⁰⁷ Introduciendo nuevos asuntos como *la elaboración de objetos de arte cuya ejecución solo pueda ser confiada a artistas especiales; causas excepcionales que hagan que no convenga promover la concurrencia; transporte de personal, material y efectos para servicios de la Administración Públicas; ejecución o reparación de obras de notorio carácter artístico; aquello que se tenga que realizar, necesariamente en el extranjero* y, conservando muchos de los asuntos que tradicionalmente se venían excluyendo, tales como, deuda flotante y negociaciones de efectos públicos, descuentos y traslación material de fondos; productos con privilegio industrial, un solo poseedor o proveedor que impida concurrencia competitiva; objetos de arte, cuya ejecución solo puede ser confiada a artistas especiales, urgencia reconocida, Seguridad del Estado, ciertos servicios según cuantía y número de entregas, entre otros; todos ellos, y al igual que en los supuestos tasados, contemplados en la norma de 1852, pudiendo ser equiparados con la figura actual del procedimiento negociado sin publicidad.

adjudicación, al presupuesto económico disponible por cada órgano de contratación, como hemos indicado al inicio de este apartado.

Posteriormente²⁰⁸, se aprobó en el año 1952, la ley de 20 de diciembre, por la que se sustituye la redacción del Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, relativo a los contratos para la ejecución de obras y servicios públicos²⁰⁹, en cuya introducción recuerda que el Real Decreto de febrero de 1852 regulaba, como novedad fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, la contratación directa, es decir, la verificada sin someterse a las formalidades de subasta o concurso²¹⁰; y establece la necesidad de ampliar ***los casos en que ha de ser permitida la contratación directa*** conforme a la demanda de las circunstancias, *de tal modo que, estableciendo con carácter general la celebración previa de subasta o concurso, se aumente el número de casos en que no es necesaria, incluyendo entre ellos los que hasta ahora se han llamado impropia de ejecución directa y adicionando a los mismos algún otro de idéntica naturaleza a la que es propia de los que ya estaban previstos*; y regulando así, en su artículo 57 los supuestos exentos del sometimiento a las solemnidades de subastas o concursos²¹¹, resultando de especial relevancia el apartado

²⁰⁸ Tras las modificaciones de los artículos 55 y 56 del Real Decreto de 1852 por los Reales Decretos-leyes de treinta y uno de mayo y veintitrés de agosto de mil novecientos veinticuatro y veintisiete de marzo de mil novecientos veinticinco (ratificados con fuerza de ley por la dictada en nueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno), y por la Ley de doce de julio de mil novecientos treinta y tres.

²⁰⁹ Publicada en el BOE núm. 359 de 24 de diciembre de 1952.

²¹⁰ Comienza la ley de 20 de diciembre de 1952 recordando que *las bases a que se han de acomodar los contratos que celebra la Administración para la ejecución de las obras y servicios públicos se hallan establecidas en el citado capítulo quinto de la Ley de Administración y Contabilidad, que partió, al fijarlas, de lo dispuesto por el Real Decreto de veintiocho de febrero de mil ochocientos cincuenta y dos, pero introduciendo con respecto de él la novedad fundamental de mencionar los servicios que podían ser ejecutados directamente por la Administración en los casos que con criterio restrictivo enumera su artículo cincuenta y seis, pero sin dejar bien establecida la línea divisoria entre ellos y los que enuncia en su artículo cincuenta y cinco, en que admite la contratación directa, es decir, la contratación verificada sin someterse a las formalidades de subasta o concurso.*

²¹¹ En este sentido, el artículo 57 de la Ley 20 de diciembre de 1952 por la que se sustituye la redacción del capítulo V de la Ley de 1910 de Contabilidad Pública, contempla la posibilidad de *ser concertados directamente* cuando se produzca, alguno de los siguientes supuestos:

- Operaciones de deuda y negociaciones de títulos, descuentos y traslación material de fondos.
- Imposible concurrencia competitiva por patentes, un solo producto o proveedor.
- Causas excepcionales que hagan que no convenga promover la concurrencia.

decimotercero de este precepto para nuestro estudio, al eximir de tal obligación a las *adquisiciones y los (contratos) de ejecución de obras o servicios que no excedan en total de quinientas mil pesetas*; y, estableciendo, que para poder ejecutar directamente las obras o servicios a que se refiere dicho precepto, será necesario como regla general, el acuerdo previo del Consejo de Ministros, salvo *cuando su importe no exceda de doscientas cincuenta mil pesetas*²¹².

Continuando con la evolución legislativa, podemos citar algunos ejemplos posteriores que supusieron un giro sustancial al regular como forma de adjudicación el denominado *concierto directo*; tal es el caso de la Ley de 1963²¹³ o el Decreto 923/1965, de 8 de abril por el que se aprueba el Texto articulado de la ley de Contratos del Estado, que la desarrolla, en el que encontramos varias referencias a lo que actualmente se podría identificar con el actual procedimiento negociado ya que se limitaba a los supuestos

-Urgencia reconocida, Seguridad del Estado, Transporte de personal, material y efectos para servicios de la Administración Pública que deban realizarse por empresas con tarifas oficialmente aprobadas, etc.

²¹² El Artículo 58 de la ley de 20 de diciembre de 1952 contempla además las siguientes excepciones: *“Segunda.-...Para que la Administración pueda ejecutar directamente las obras o servicios a que se refiere el presente artículo, será necesario que así se acuerde por el Consejo de Ministros, salvo en aquellos casos en que tal ejecución esté encomendada a los establecimientos técnicos e industriales montados por la Administración que hayan de realizarlos y que, de acuerdo con las disposiciones que rijan su institución o actuación, los hayan de tener a su cargo, o cuando su importe no exceda de doscientas cincuenta mil pesetas”*.

²¹³ La Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de contratos del Estado, se refiere al ocuparse de las formas de adjudicación en su Base IV. al concierto directo del siguiente modo:

Uno. Se admitirán como formas de adjudicación de los contratos la subasta, el concurso-subasta, el concurso y el concierto directo.

Dos. ...El concurso y el concierto directo sólo procederán en los casos y con los requisitos que determine el texto articulado de esta Ley.

...

Cinco. Se regulará el procedimiento de adjudicación de contratos teniendo en cuenta las peculiaridades que se deriven de cada una de las formas a que se refiere el número primero de la presente base, de manera que queden garantizadas la publicidad y la concurrencia de los empresarios, salvo en los casos de concierto directo...”

Y vuelve a referirse a ella al regular los contratos de suministros en la Base XIV: *“Los contratos de suministros se regularán atendiendo a los siguientes principios:*

Primero. El concurso será la forma ordinaria de adjudicación de estos contratos, siendo procedente el concierto directo en los casos que taxativamente se establezcan”.

expresamente tasados en la norma²¹⁴. Así, para la adjudicación de contratos de obras²¹⁵ admite la contratación directa en aquellos casos en los que la cuantía sea inferior a 1.500.000 pesetas; en los contratos de suministros²¹⁶ se permite para aquellos que no excedan en total de 1.500.000 pesetas, -y, aunque pueda parecer que se trata de la misma cantidad que la establecida en el supuesto anterior, existe un ligero matiz²¹⁷- y, finalmente, en los contratos de gestión de servicios²¹⁸, hace lo propio aceptando este tipo de contratación para aquellos casos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento no se prevea superior a 1.500.000 pesetas, e incorpora además en este caso como novedad, un límite temporal, restringiendo a dos años la duración permitida de la prestación, aproximándose por tanto a la regulación actual cuyo límite de duración máxima admitida para los contratos menores es de un año; respetando en todo caso, las exigencias comunes para el resto de procedimientos.

Finalmente, el artículo 86 TALCE se ocupa de los *suministros menores* entendiendo como tales, a aquellos que no excedieran de 25.000 pesetas²¹⁹ en los que se permite la incorporación de una propuesta de adquisición razonada en el expediente, en sustitución

²¹⁴ Recogidos en el Artículo 37 TALCE, y referidos a la imposibilidad de promover concurrencia, aquellos supuestos de reconocida urgencia, los de carácter artístico o aquellos que exijan ciertas garantías especiales por afectar a la seguridad del Estado, entre otros.

²¹⁵ Artículo 37 TALCE: “*La contratación directa sólo procederá respecto de las siguientes clases de obras: 4. Las de cuantía inferior a 1.500.000 pesetas*”.

²¹⁶ Artículo 87.4 TALCE: “*La contratación directa sólo podrá tener lugar en los siguientes su puestos: 4. Los de suministros de bienes que no excedan en total de 1.500.000 pesetas*”.

²¹⁷ Así, mientras que en los contratos de obras se contemplaba la contratación directa en aquellos casos en los que la cuantía fuera inferior a 1.500.000 pesetas, es decir por un valor máximo de 1.499.444 pesetas; en los contratos de suministros, sí se pueden hacer contrataciones directas por valor de hasta 1.500.000 pesetas. Por tanto, aunque a primera vista pudiera parecer una diferencia insignificante, no lo es en la práctica. Ahora bien, no sabemos si la voluntad del legislador fue efectivamente hacer esa distinción entre las cuantías de ambos tipos de contrato, o si se trata, únicamente, de un error en la redacción de alguno de los dos preceptos.

²¹⁸ Artículo 69.4 TALCE: “*... la contratación directa sólo podrá tener lugar en los su puestos siguientes: 4. Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento no se prevea superior a 1.500.000 pesetas, ni su plazo de duración sea superior a dos años*”.

²¹⁹ Señalando que: “*Cuando el contrato se refiera a suministros menores que hayan de verificarse directamente en establecimientos comerciales abiertos al público, podrá sustituirse el correspondiente pliego por una propuesta de adquisición razonada. Se considerarán suministros menores aquellos que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no exceda de 25.000 Pts.*”

del correspondiente pliego de condiciones propio del resto de contrataciones y que podemos asemejar con nuestro actual contrato menor.

Resulta particularmente interesante comprobar que también contempla otra serie de características que se han conservado hasta nuestra norma vigente en los que podemos apreciar, cómo en este momento se empiezan a definir los rasgos propios de lo que será el denominado como contrato menor en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995; y que son los siguientes:

-Por lo que respecta a la constitución de fianza, contempla la posibilidad de exceptuar la constitución de esta, para los contratos de suministros menores, que sea verificados directamente en establecimientos comerciales abiertos al público y siempre que el abono del precio por la Administración se condicione a la entrega total y única de los bienes a su satisfacción²²⁰; cuestión contemplada en la actual regulación del contrato menor en la que se exime a los licitadores de presentar fianza de ningún tipo, por una doble razón, por un lado debido a la escasa cuantía de la contratación en sí misma, y por otro, para consolidar la agilidad procedimental que le es propia a este procedimiento.

-A la ausencia de constitución de fianza, se añade en el texto de 1965, otra particularidad que también perdura hasta nuestros días; y es que, al respecto de la formalización de las compras directas de suministros menores, se admite que la factura haga las veces de instrumento contractual, permitiendo obviar en estos casos la formalización en documento público²²¹; lo que nos vuelve a recordar la regulación contemplada en nuestra norma vigente.

²²⁰ Artículo 125 TALCE: “No habrá lugar a la constitución de fianza, ya sea provisional o definitiva, en los siguientes contratos de suministro: 2. Los de suministros menores definidos en el artículo 86 de esta Ley, cuando se verifiquen directamente en establecimientos comerciales abiertos al público y el abono del precio por la Administración se condicione a la entrega total y única de los bienes a satisfacción de la misma”.

²²¹ Artículo 89 TALCE: “En las compras directas de suministros menores realizadas en establecimientos comerciales abiertos al público hará las veces de documento contractual la factura pertinente cuando consten en ella los requisitos que reglamentariamente se establezcan”.

En el mismo sentido se refería su Reglamento de desarrollo del año 1967²²² al hablar de las *excepciones* a la tramitación de los procedimientos²²³ y en particular, en lo referido a las *obras de reparaciones menores*²²⁴, contemplando para estas, una reducción de la extensión de los documentos requeridos en el artículo 63, es decir, memoria, planos, presupuesto, programa de desarrollo, autorizaciones o concesiones administrativas, etc. y permitiendo incluso la supresión de alguno de ellos, siempre y cuando, los restantes documentos fueran suficientes para la adjudicación y posterior correcta ejecución²²⁵.

A mayor abundamiento, junto con estos rasgos que podemos identificar plenamente con el actual contrato menor, resulta muy significativo para el objeto de estudio que nos ocupa que, más allá de las excepciones contempladas para las obras menores a las que nos acabamos de referir, existe un supuesto que reduce aún más las exigencias documentales, y que sin duda, se trata de una particularidad heredada por nuestra norma contemporánea; esta es la simple exigencia en los expediente de los contratos menores de obras, del presupuesto, o, tal y como se contemplaba en el Reglamento de 1967, “*en todo caso deberá figurar el presupuesto de las obras, que será el único documento exigible cuando se trate de obras inferiores a 25.000 pesetas*²²⁶”; y que, como hemos dicho, se trata de una particularidad que aún se conserva en nuestros contratos menores.

²²² Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

²²³ Artículo 1 del Reglamento General de Contratación de 1967: “*Los contratos que celebren los órganos de la Administración del Estado, con las excepciones que más adelante se establecen, se ajustarán a las prescripciones contenidas en la Ley de Contratos del Estado y en su Reglamento General*”.

²²⁴ Artículo 57 b) del Reglamento General de Contratación de 1967: “*Se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menos cabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Cuando afectan fundamentalmente a la estructura resistente, tendrán la calificación de gran reparación, y en caso contrario, de reparación menor*”.

²²⁵ Artículo 70 del Reglamento General de Contratación de 1967: “*En los proyectos de obras que tengan la consideración de reparaciones menores podrán reducirse en extensión los documentos señalados en el artículo 63 e incluso suprimirse alguno de ellos, siempre que los restantes sean suficientes para definir, ejecutar y valorar las obras que comprende*”.

²²⁶ Artículo 70 del Reglamento General de Contratación de 1967, párrafo segundo.

Posteriormente, la Ley 5/1973, de 17 de marzo, de modificación parcial de la ley de Contratos del Estado, que recoge las excepciones a la aplicación de la tramitación ordinaria ya contempladas en el TALCE²²⁷ y modifica las cuantías de los supuestos en los que procede la contratación directa en las obras²²⁸, introduce una importante novedad,

²²⁷ Tal es el caso del artículo 27, al regular un régimen excepcional en cuando a acometer obras de emergencia, a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la Defensa Nacional, según el cual no era necesario tramitar expediente previo y se podría ordenar la directa ejecución de las obras indispensables o contratarlas libremente en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley. Continúa el precepto indicando que, *simultáneamente, por el Ministerio de Hacienda, en expediente sumarísimo, se autorizará el libramiento de los fondos precisos a favor del órgano de contratación para hacer frente a los gastos, con el carácter de a justificar.*

Desaparecida la causa determinante a que se refiere el párrafo primero de este artículo, el órgano de contratación dará cuenta al Ministerio de Hacienda de los gastos y contratos verificados a efectos de su fiscalización y ulterior aprobación, en su caso, por el Gobierno. El resto de las obras que puedan ser necesarias se contratará de conformidad con lo establecido en esta Ley.

²²⁸ La Ley 5/1973, de 17 de marzo, de modificación parcial de la ley de Contratos del Estado, dedica íntegramente y de manera muy detallada su artículo 37 a este particular:

«Art. 37. La contratación directa sólo podrá acordarse por el órgano de contratación respecto de las siguientes clases de obras:

- 1. Aquellas en que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que por circunstancias excepcionales, que hayan de justificarse en el expediente, no convenga promoverla.*
- 2. Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución, que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del Jefe del Departamento.*
- 3. Las de presupuesto inferior a cinco millones de pesetas.*
- 4. Las que sean declaradas de notorio carácter artístico con arreglo al dictamen de organismos competentes.*
- 5. Aquellas que, por afectar a la seguridad del Estado, precisen garantías especiales, o cuyo expediente haya sido declarado secreto y no puedan realizarse directamente por la Administración.*
- 6. Las de instalación y montaje de los aparatos de faro y de todas las señales de navegación y, en general, la instalación de instrumentos de control que exijan una gran precisión y seguridad.*
- 7. Las que no llegaran a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que la adjudicación directa se acuerde en las mismas condiciones y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación.*
- 8. Cuando el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que la adjudicación directa se acuerde en las mismas condiciones y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación.*

ya que para seis de los once supuestos de contratación directa, establece la obligación de consultar al menos, y antes de la adjudicación, a tres empresas capacitadas, y dejar constancia de todo ello en el expediente. Sin duda, esta exigencia nos trae a la memoria las exigencias establecidas por algunos órganos de contratación de forma voluntaria²²⁹ y, por supuesto, la Instrucción 1/2019 de 28 de febrero, sobre contratos menores regulados en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, aprobada por la OIRESCON, cuando establece que, “*de acuerdo con el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente*”.

Por lo que se refiere a los supuestos por razón de la cuantía y, en correlación con la legislación precedente, el apartado tercero del mencionado precepto eleva el límite económico de este tipo de adjudicaciones con carácter general, estableciendo que para las obras su presupuesto debe ser inferior a 5.000.000 pesetas; para la gestión de servicios el presupuesto de gastos de primer establecimiento no podrá ser superior a 5.000.000 pesetas ni su plazo de duración superior a dos años²³⁰ y, en el caso de los suministros de bienes,

9. Las que tengan por finalidad continuar la ejecución de obras cuyos contratos hayan sido resueltos, con los mismos requisitos del apartado anterior, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del apartado 2 de este mismo artículo.

10. Las que tengan por objeto el ensayo o experimentación.

11. Las de interés militar que puedan ser ejecutadas directamente por Organismos autónomos de carácter industrial, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada.

Excepto en los supuestos de los apartados 1 y 5 de este artículo, el órgano de contratación deberá consultar, antes de realizar la adjudicación, al menos a tres Empresas, si ello es posible, capacitadas para la ejecución de las obras y fijar con la seleccionada el precio justo del contrato, dejando constancia de todo ello en el expediente.»

²²⁹ Tal es el caso del Ayuntamiento de Madrid que en el BOAM núm. 8.588, de 24 de febrero de 2020, publica la aprobación del Decreto de 7 de febrero de 2020 de la delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, por el que se modifica la Instrucción 2/2019 sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal; en el que se recupera la obligación de solicitar al menos, tres ofertas en la tramitación de los contratos menores cuyo valor estimado sea superior a 3.000 euros, de acuerdo con el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, debiendo además, quedar todo ello, suficientemente acreditado en el expediente. (Apartado 3.1.1. de dicha Instrucción.)

²³⁰ Artículo 69: «*4. Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento no se prevea superior a cinco millones de pesetas ni su plazo de duración sea superior a dos años.*»

estos no podrán superar en total, los 3.000.000 pesetas²³¹. Así mismo, actualiza la cuantía de los *suministros menores* pasando de las 25.000 pesetas de la norma del año 1965 a 100.000 pesetas²³².

Dos años más tarde, se publicaría su Reglamento de desarrollo a través del Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre, que actualizaría la Ley de Contratos del Estado de 1973 y que también contendría excepciones sobre la tramitación de ciertos contratos, basadas generalmente, en su urgencia y en su escasa cuantía económica²³³. Por cuanto se refiere a las contrataciones directas, este Reglamento aumenta las cuantías máximas establecidas previamente y cabe destacar que exime de dar publicidad a las adjudicaciones de contratos cuyo valor fuera inferior a 5.000.000 pesetas²³⁴, cuantía esta que se refiere a las máximas permitidas para adjudicaciones directas de obras [Artículo 117.3] y de la gestión de servicios [Artículo 213.4]; y que engloba también a las permitidas para las obras de reparaciones menores, cuya cuantía máxima se establece en 500.000 pesetas [Artículo 70].

Por lo que se refiere a la legislación posterior, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, introduce por vez primera la denominación de contrato menor en nuestro ordenamiento jurídico, lo que supuso el reconocimiento de

²³¹ Artículo 87: «4. Los de suministro de bienes que no excedan en total de tres millones de pesetas.»

²³² Artículo 86. (Párrafo segundo): «Se considerarán suministros menores aquellos que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no exceda de cien mil pesetas».

²³³ A tal efecto, resulta de referencia el artículo 90 del Reglamento que señala las excepciones de que gozarán los expedientes calificados como urgentes para ser despachados, y que son aquellos de cuantía inferior a cinco millones de pesetas, tales como *la reducción a la mitad de los términos previstos en la ley para la licitación y la ubicación de las obras cualquiera que sea la forma de contratación que proceda; despacho preferente por los distintos órganos administrativos fiscalizadores y asesores que deban participar en la tramitación previa que dispondrán de un plazo máximo y propulsivo de cinco días para emitir los respectivos informes, entre otros.*

²³⁴ Art. 119. “*La adjudicación del contrato, cualquiera que sea el procedimiento seguido al efecto, deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» una vez que sea aprobado por la Autoridad competente. Quedan exceptuados de esta prevención los contratos cuyo importe sea inferior a cinco millones de pesetas y los de carácter reservado (artículo 38 L.C.E.)*”.

un carácter sustantivo unitario de los mismos²³⁵ estableciendo que estos *se definirán exclusivamente por su cuantía*²³⁶, además de otras características propias de esta figura que han llegado hasta nuestros días, tales como la limitación a un año de duración y la sencillez del expediente de contratación en el que apenas se exigía *la aprobación del gasto y la incorporación [al expediente] de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran*²³⁷.

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, recogía en su artículo 56 la regulación de esta figura en idénticas condiciones a la norma precedente, incluidos los límites económicos, y ello a pesar de haber transcurrido cinco años entre la aprobación de la Ley y su texto refundido²³⁸.

En el año 2007, la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, mantuvo los elementos esenciales contemplados en la regulación precedente²³⁹; si bien, incorporaba ciertas novedades tales como la limitación de

²³⁵ Benítez Morcillo, B., en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2002, coordinada por Ariño Ortiz, G., “Artículo 56º Contratos menores”, pp. 768-771, en concreto, pp. 768.

²³⁶ Y que serán las indicadas en los artículos 121, 177 y 202 de la norma, según se trate de contratos de obras, suministros o servicios esto es, contratos cuyas cuantías no excedieran de 5.000.000 ptas., para el contrato de obras, ni de 2.000.000 ptas., en el caso de contratos de suministros y de servicios.

²³⁷ Artículo 57 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas.

²³⁸ Al respecto, los artículos 121, 176 y 201 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía los límites económicos en cuantías inferiores a 5.000.000 de pesetas (30.050,61 euros) para los contratos de obras y de 2.000.000 de pesetas (12.020,24 euros) para los de suministros y servicios, al igual que la norma de 1995; observándose únicamente una pequeña diferencia con su predecesora, esta es, la inclusión de la equivalencia de las cuantías de este tipo de contratos en euros, para adaptar la norma a la futura implantación de la moneda europea.

²³⁹ Artículo 95 LCSP. Expediente de contratación en contratos menores:

“1. En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

prorrogar este tipo de contratos o la prohibición de llevar a cabo una revisión de precios. Por lo que se refiere a los límites económicos estos sufrieron un incremento sustancial a la vista de la equivalencia peseta-euro, haciendo que el límite de 5.000.000 ptas. aumentara a 50.000 € y el de 2.000.000 ptas. se incrementara hasta los 18.000 €²⁴⁰.

Finalmente, la norma inmediatamente anterior a la ley vigente, esto es, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, mantuvo con respecto al contrato menor, todas las características establecidas en la norma precedente, incluidos los máximos económicos a los que poder aplicar el procedimiento de contratación menor²⁴¹.

Visto por tanto, el conjunto de referencias que encontramos a lo largo de la numerosa regulación en materia contractual aprobado en España, podemos afirmar, -como indicábamos al inicio de este apartado- que el antecedente directo de los contratos menores se encuentra en las denominadas *excepciones* que durante el siglo XIX se venían enumerando en las normas que regulaban la materia contractual, cuya finalidad era básicamente, la realización de obras públicas, o el abastecimiento de los suministros necesarios para los asuntos de guerra mediante la denominación de *reparaciones menores o suministros menores*, respecto a los que la propia norma permitía no aplicar la tramitación ordinaria que sí se exigía para el resto de compras y adquisiciones.

Pues bien, como hemos indicado, la idea de las adjudicaciones directas o la excepcionalidad de la aplicación de las normas generales de la contratación no es una idea novedosa surgida en el derecho contemporáneo; tampoco nace como consecuencia de la improvisación o la falta de planificación de las necesidades de los órganos de

2. *En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 109 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.*

²⁴⁰ Artículo 122.3, párrafo segundo LCSP: “*Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”.*

²⁴¹ Así, al igual que en la LCSP, el TRLCSP, conserva los límites de la contratación menor en cuantías inferiores a 50.000 € y 18.000 € para contratos de obras y de servicios y suministros respectivamente, tal y como señala su artículo 138.3 párrafo segundo.

contratación, ni por supuesto, su utilización -más o menos periódica- es fruto de la mala praxis de los trabajadores públicos en su afán de agilizar el trabajo encomendado. Vistos los antecedentes señalados, el origen de la creación de un procedimiento menos riguroso o incluso, su absoluta excepcionalidad, se generaba ante la necesidad de realizar adquisiciones urgentes o gastos de carácter poco sustancial o de menor significancia -aún entendiéndolo que ningún gasto público lo es- o bien, en una serie de supuestos previamente tasados que respondían a unas particularidades muy concretas. Estos rasgos característicos de las adjudicaciones directas se fundamentaban -y aún se sostiene dicha fundamentación en nuestros días- en aras de una mayor agilidad para la consecución del fin que resulte necesario lograr en cada caso; así, en palabras de la OIRESCON: *“no debe olvidarse que la existencia del contrato menor radica en el propósito de dotar de mayor agilidad la contratación y cubrir de forma inmediata las necesidades de escasa cuantía que en cada caso resulten necesarias²⁴²”*.

En la regulación más reciente del siglo XX y XXI, si bien se han mantenido unos límites económicos para poder aplicar el procedimiento -a pesar de haber sido modificados a lo largo de las diferentes legislaciones- ésta se ha estandarizado, eliminando la enumeración de supuestos en los que no resultaba de aplicación la norma, restringiendo desgraciadamente, su esencia a una cuestión meramente económica.

Resulta significativo que aquella diferenciación, que ya se establecía en el siglo XIX de manos de Bravo Murillo en función del órgano que celebrase el contrato y vinculada no solo a la autoridad que la exceptuara, sino también a su capacidad de gasto- no haya llegado hasta nuestros días, puesto que, de ser así, se podrían distinguir diferentes tipos de contratos menores en función de la capacidad económica de la administración actuante y no solo por la clasificación del contrato. Esa posible diferenciación aportaría una mayor transparencia y seguridad jurídica a las actuaciones de administraciones con recursos económicos limitados.

Desafortunadamente, al establecer de manera general unos límites económicos en el procedimiento menor sin atender a la capacidad económica del órgano de contratación,

²⁴² Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2019, p. 21.895.

no se ha logrado la igualdad pretendida por el legislador, sino que se corre el riesgo de que algunos de dichos órganos ejecuten todas sus contrataciones mediante adjudicaciones directas, esquivando así la necesaria aplicación de los principios generales de la contratación, como ya hemos hecho constar.

1.4.2. Naturaleza

Haremos ahora hincapié en cuál es la verdadera naturaleza del contrato menor puesto que, efectivamente, resulta evidente que existe una confusión generalizada en cuanto a la correcta identificación de esta figura; provocada sin duda, por la denominación que la propia ley le atribuye.

Mientras que en la Sección 1ª del Capítulo II de la LCSP del Título Preliminar de la LCSP, nos encontramos con la calificación de los tipos de contratos que existen en el ordenamiento jurídico español²⁴³ sin que en ningún momento se haga mención a la figura del contrato menor, el legislador se ocupa de la misma más adelante, concretamente en el Libro II de la Ley; por lo que aparentemente, parece que se ha olvidado de incluirlo donde correspondería, si es que de un tipo de contrato se tratase. Sin embargo, del contenido de su regulación, se extrae que no es posible considerarlo como un tipo de contrato, propiamente dicho.

La cuestión es, si se trata de un simple error gramatical que pueda haberse arrastrado históricamente en las diferentes leyes desde su incorporación al ordenamiento en la Ley de 1995²⁴⁴ o si, por el contrario, la voluntad del legislador ha sido la de darle carácter contractual al mismo y, consecuentemente, en caso de haber sido esta última su pretensión, la pregunta sería cuál es la razón de no haber sido incluido dentro de la sección de la Ley referida a la tipología de los contratos.

²⁴³ Los artículos 13 a 18 LCSP clasifican los tipos contractuales como contrato de Obras, contrato de Concesión de obras, contrato de Concesión de servicios, contrato de Suministro, contrato de Servicios y contratos Mixtos.

²⁴⁴ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas.

En nuestra opinión, y al margen de la intención del legislador en la calificación de esta figura como contrato, resulta más que evidente que su naturaleza es la de un procedimiento y no la de un tipo contractual. Por un lado, los tipos de contratos se caracterizan en cuanto a que se trata de actuaciones encaminadas a obtener un propósito esto es, su finalidad deriva en un “*hacer*” o en un “*dar lugar a*” un resultado ya sea de prestación de servicios, material o intelectual por parte del contratista, para beneficio de la sociedad que lo contrata. Por su parte, los procedimientos no son más que los diferentes mecanismos que tiene a su alcance el órgano de contratación para obtener el fin que pretende y que pueden ser utilizados dependiendo de las diferentes características de la necesidad del momento. Ahora bien, nuevamente el legislador ha optado por no recoger en la misma sección, ni siquiera en el mismo Libro de la Ley, este tipo de procedimiento, dando lugar con ello, a que se hayan generado numerosas dudas -puede que no, sin un cierto fundamento- al respecto de su naturaleza.

A pesar de dichas imprecisiones en cuanto a la naturaleza en la regulación de esta figura, el procedimiento menor es, junto con el resto de los procedimientos de contratación²⁴⁵ uno de los mecanismos válidos para regular la contratación de aquel resultado material o intelectual, que puedan necesitar las entidades del Sector Público y que, al igual que el resto de los procedimientos posee ciertas características propias que lo definen y lo distinguen del resto²⁴⁶.

Sin duda, la finalidad última de este procedimiento es la de favorecer la consecución inmediata de aquellas necesidades del órgano de contratación de que se trate en cada momento, mediante una serie de requisitos menos exigentes que en cualquier otro tipo de procedimiento contractual, y que analizaremos de manera minuciosa en el siguiente capítulo de este estudio. Pero además, a través de este método de contratación, es factible romper con algunas de las reglas básicas de funcionamiento que están firmemente instauradas en el resto de los procedimientos contemplados en la norma, tales como la falta de publicidad que puede provocar la elección del contratista sin sometimiento a

²⁴⁵ Regulados en la Sección 2ª, Capítulo I, libro Segundo, Artículos 156 a 170 de la LCSP.

²⁴⁶ Y que serán analizadas de manera muy pormenorizada en el Capítulo III del presente estudio.

ningún tipo de competitividad con otros empresarios²⁴⁷, cuya elección podría estar sustentada en valoraciones de carácter subjetivo basadas en la confianza que el órgano de contratación pueda tener depositadas en el prestatario de las necesidades a contratar²⁴⁸.

Finalmente, debemos recordar que, más allá de la capacidad de obrar del adjudicatario y la habilitación profesional correspondiente²⁴⁹, en la contratación menor no existe ninguna otra exigencia en cuanto a los extremos a tener en cuenta para proceder a este tipo de adjudicaciones, y que sí se contemplan en la Ley para el resto de los procedimientos. A saber, se establece que la adjudicación de los contratos se realizará como regla general, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación, y estos han de estar basados en la mejor relación calidad-precio; así mismo, para los contratos de servicios contemplados en el Anexo IV de la LCSP, y para aquellos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, obliga la norma, a que al menos, el 51% de la puntuación se corresponda con razones de calidad. Además, también obliga a la inclusión de criterios medioambientales o sociales vinculados con el objeto del contrato²⁵⁰. Por tanto, vemos como el legislador ha introducido una guía sobre la clase de criterios de adjudicación a emplear por los órganos de contratación en las licitaciones; sin embargo, por lo que se refiere al contrato menor, no existen tales obligaciones. Es por ello, que esta falta de regulación en cuanto al modo de seleccionar al adjudicatario en los contratos menores, ha sido y continúa siendo hoy en día, el principal caballo de batalla en las contrataciones directas, en tanto en cuanto que, en numerosas ocasiones, existe una tendencia natural por parte de los órganos de contratación -especialmente por parte de las administraciones más cercanas a los ciudadanos, esto es, Ayuntamientos y Diputaciones- de acudir al tejido empresarial local o al más cercano para cubrir sus necesidades. Sin

²⁴⁷ Recordemos que la ausencia de publicidad también existe en el procedimiento negociado sin publicidad, y, sin embargo, en él sí existe competitividad entre las empresas invitadas a participar, y cuya tramitación se regula en el artículo 169 LCSP a excepción de lo relativo a la publicidad previa (Artículo 170.1 LCSP).

²⁴⁸ Evidentemente, siempre que éste reúna las capacidades de obrar y de profesionalidad exigidas en la ley, (artículo 131 LCSP) y que la contratación propiamente dicha no suponga un fraude de ley por fraccionamiento del contrato.

²⁴⁹ Artículo 131.3 LCSP: “*Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118*”.

²⁵⁰ Exigencias detalladas en el artículo 145 LCSP, referido a los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato y cuya forma de aplicación, se regula en el artículo 146 LCSP.

duda, y aún respetando la correcta ejecución de los límites de la adjudicación directa puesto que, aunque *de iure* no hay una prohibición a tal comportamiento, se trata de una práctica ciertamente dudosa. Y es que, por un lado, reiterando las contrataciones de empresas próximas al órgano de contratación, favoreciendo así el tejido empresarial local, se incurre en el tan denostado arraigo territorial que ha sido firmemente excluido de las adjudicaciones sometidas a licitación por la jurisprudencia²⁵¹ por no respetar el principio de igualdad de trato; y por otro, porque con tal comportamiento, se podría generar una distorsión relevante de la competencia empresarial. Cuestión distinta sería que hubiera empresas fuera del tejido empresarial local que *motu proprio*, por la escasa cuantía del contrato y los gastos que los desplazamientos les pudieran ocasionar, rechazaran formar parte de una selección de contratistas y que finalmente resultara adjudicatario un empresario local; pero para ello, resulta necesario dar la oportunidad a que fuera el propio mercado quien respondiera a las demandas planteadas.

Pues bien, para evitar estos abusos, consentidos *de facto* en la norma; la primera versión del artículo 118.3 LCSP²⁵², contemplaba una limitación en cuanto a la reiteración de contrataciones por el mismo órgano de contratación, y respecto al mismo contratista,

²⁵¹ Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Recurso nº 179/2016 C.A. Galicia 23/2016 Resolución nº 258/2016 en cuyo Fundamento de Derecho Sexto dispone que: “*Sobre la base de las tales consideraciones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como condición de actitud o criterio de adjudicación de los contratos administrativos. En definitiva, y tal y como se concluye en el Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la JCCA, “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.*”

Y más recientemente, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Recurso nº 941/2019 C.A. Principado de Asturias 67/2019 Resolución nº 1147/2019, respecto a un contrato de servicio de comidas en escuelas infantiles de 0 a 3 años en el municipio de Langreo, entendiendo el Tribunal, que la valoración de la ubicación de las cocinas centrales de los licitadores no se ajusta al criterio excepcional del arraigo territorial, en referencia a lo establecido en la Resolución nº 653/2019 de 13 de junio de 2019 según la cual, “*no se aprecia la razón por la que un criterio de valoración de las ofertas ha de basarse en un elemento de territorialidad que altere la igualdad entre los licitadores a la hora de puntuar sus ofertas, discriminando en consecuencia a los licitadores y restringiendo la competencia, motivo por el que se ha de estimar el recurso declarando la nulidad de los pliegos*”.

²⁵² Artículo 118. 3. LCSP: “*En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a). 2.º*”.

en el plazo de un año, en caso de superar las cuantías establecidas para las adjudicaciones directas, obligando así a que se produjera una rotación entre proveedores en las adjudicaciones directas. Dicha limitación fue objeto de gran controversia y discusión²⁵³ - sin duda provocada por la abstracta redacción del precepto- que provocó que el legislador optara finalmente por su eliminación²⁵⁴ en lugar de realizar las oportunas aclaraciones o matizaciones necesarias para un correcto entendimiento; y que hubieran sido el instrumento perfecto para limitar este tipo de prácticas²⁵⁵.

Pero, además, la existencia de la figura del contrato menor responde a razones de economía procesal y, finalmente, a razones de eficiencia en la gestión de los fondos públicos, que deriva en el ahorro de costes para todos los participantes en el procedimiento; ya sea el órgano contratante o las empresas. A pesar de las numerosas críticas contra esta figura, entendemos que ésta no debe ser eliminada de nuestro ordenamiento y, es más, resultaría conveniente que, en cualquier ordenamiento jurídico, se contemplasen instrumentos similares que faciliten una mayor eficiencia en la gestión de los fondos públicos; ya que se trata de un procedimiento que, desde el punto de vista económico, resulta verdaderamente eficiente y competitivo. Ello sumado a que, imponer procedimientos rigurosos para contrataciones de pequeña cuantía, puede suponer un conflicto con la finalidad pretendida, puesto que, en ningún caso, puede considerarse eficiente que el gasto de la gestión supere al coste mismo de la prestación a contratar. Y así, al margen de la regulación contemplada para los gastos corrientes atendidos mediante

²⁵³ En el Anexo I de este estudio, se han analizado todas las posturas e interpretaciones habidas al respecto formuladas por las diferentes Juntas Consultivas de Contratación del país.

²⁵⁴ A través de la Disposición Final 1ª, del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

²⁵⁵ Al respecto, Peláez Albendea, L. y Peláez Muras, M., *“Sucede que ese resultado que algunos órganos de gobernanza de la contratación consideraron completamente irregular, contrario a los principios de la contratación e ineficaz para la lucha contra la corrupción era, con certeza, el propósito y verdadero sentido de la propia Ley, no era tan contraria a sus principios como se juzgaba y sí era un medio eficaz para la lucha contra la corrupción o, más ampliamente, contra los riesgos de las malas prácticas”*; en la obra colectiva *Manual sobre el contrato menor*, Aranzadi, Pamplona, 2021, coordinada por Benítez Ostos, A. y Candela Talavero, J.E., Capítulo III: “Los principios generales de la contratación pública con efectos sobre el contrato menor. VII. El Principio de rotación”, pp. 117-124, p.119.

anticipos de caja fija u otro similar²⁵⁶; no tendría sentido tramitar por un procedimiento distinto al menor la adquisición -pongamos a modo de ejemplo- de unas manillas para las puertas de los despachos de un edificio público, los vinilos del cambio de denominación de una consejería o ministerio, o una corona de flores para un funeral²⁵⁷; puesto que, el coste de la tramitación del procedimiento no debería superar en ningún caso, el coste de la necesidad a cubrir. Esta postura también se defiende en otros países con una regulación similar a la nuestra, como es el caso del legislador francés que entiende que la posibilidad de realizar adjudicaciones directas “*se justifica por la necesidad de evitar forzar [a los compradores], para los contratos de una pequeña cantidad, a recurrir a procedimientos cuya aplicación no sería esencial para garantizar la eficacia de la contratación pública y el buen uso de los fondos públicos y que podría incluso, en determinados casos, disuadir a los operadores económicos de presentar su candidatura...*”²⁵⁸.

Y es que parece que muchas veces, no se atiende al coste real de los recursos humanos que desarrollan las gestiones necesarias para la consecución de los fines que el órgano del sector público precisa; quizás porque, la mayoría de las organizaciones los dan por descontados²⁵⁹, quizás porque no se pone en valor que incrementar la burocracia finalmente deriva en la reducción o imposibilidad de llevar a cabo otras tareas. Así, a modo de ejemplo, nos encontramos que la obligación de fomentar la transparencia y la publicidad de las contrataciones trae consigo un empleo innecesario de los recursos de los órganos de contratación en cuanto al capital humano se refiere, dado que, de toda

²⁵⁶ Cuyo límite se establece en 5.000 € en el apartado 5 del artículo 118 LCSP.

²⁵⁷ Como indica Pérez García, M.A., en “Disquisiciones sobre el contrato menor” en la *Revista General de la Armada*, núm. 262, marzo 2012, pp. 313-316, en concreto, p. 314; al señalar jocosamente que *las teorías, las tesis y las conclusiones para que sean consideradas deben ser válidas para todos los casos, y aquí es donde la actividad de las unidades de contratación y las normas provisionales sobre el contrato menor dictadas por la Dirección de Asuntos Económicos chocan frontalmente con la práctica diaria de las decenas, o quizás cientos, de unidades de la Armada que de manera periódica y continuada, en muchos casos, y ocasionalmente en otras circunstancias cuentan con créditos presupuestarios asignados para su gestión directa.*

²⁵⁸ Tal y como se indica en el artículo R 2122.8 de *Le Code de la Commande Publique*.

²⁵⁹ Si bien, observando los presupuestos anuales de todas ellas, una de las partidas que mayores gastos suponen es, precisamente, la referida al capital humano. A modo de ejemplo, podemos observar como en los Presupuestos de la Universidad de Oviedo para el año 2021, de un total de 211.604.439 euros, los gastos de personal ascienden a 149.692.598 euros; y este porcentaje, o incluso superior, se produce como norma general en todas las administraciones públicas.

lógica es que cualquier ente del sector público deba comunicar sus contrataciones para su análisis, publicidad y cumplimiento de las normas; si bien, carece de sentido que, a pesar de los avances tecnológicos que existen en este momento, aún no se haya adoptado ninguna medida para que, esta comunicación solamente se tenga que hacer una vez, o para que, entre las diferentes plataformas de las entidades a las que hay que remitir la información²⁶⁰ exista la posibilidad de compartir los datos, o al menos, que el formato para remitir a unas y otras, sea compatible entre sí, lo que genera, “*como ha demostrado la experiencia que la recogida y procesamiento manual de la información presenta problemas (falta de inmediatez, proceso complejo y lento, escasa comparabilidad, etc.), frente a la recogida por los sistemas de información*”²⁶¹. Pues bien, cierta similitud encontramos cuando se plantea la eliminación de la figura del contrato menor para imponer a los gestores públicos otros procedimientos más complejos que les obliguen a emplear para una tramitación que podría ser sencilla, numerosas horas de trabajo que resultan innecesarias, a la vista de la existencia de un procedimiento ágil y adecuado. Como ya hemos indicado, el problema quizás no estriba en el procedimiento en sí mismo, sino en su aplicación inidónea.

Un reciente estudio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recuerda a las Administraciones Públicas que “*deben asumir como propio el objetivo de lograr una contratación pública más competitiva en España, y que han de elegir los*

²⁶⁰ A lo largo de la LCSP [Artículo 63: Publicidad relativa al Perfil del contratante. Artículo 135: Anuncio de licitación. Artículo 335: Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas. Artículo 346: Registro de Contratos del Sector Público del Ministerio de Hacienda. Artículo 347: Plataforma de Contratación del Sector Público] se hace referencia a la información que los diferentes órganos de contratación deben publicar y remitir -referida a consultas previas al mercado, anuncios de información previa, adjudicaciones que se lleven a cabo, formalizaciones, modificaciones durante la vida del contrato, resoluciones contractuales, instrucciones internas en materia de contratación de los sujetos obligados por la LCSP, y un largo etcétera- a la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Tribunal de Cuentas u OCEX correspondiente, así como al Registro de contratos del Sector Público del Ministerio de Hacienda, Diario Oficial de la Unión Europea; sin que entre ellos exista coordinación alguna hasta la fecha; lo que contradice la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrasburgo, 3.10.2 1017. COM (2017) 572 final, p. 12; cuando propone la necesidad de optimizar la interacción entre los sistemas de contratación pública como propuesta para preparar respuestas políticas adecuadas para el aumento de la transparencia, la integridad y la mejora de datos; disponer de datos fiables, así como de la necesidad de que exista interacción entre los sistemas de contratación pública.

²⁶¹ Así lo señala el reciente Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública, mayo de 2021, p. 19.

*procedimientos de contratación más adecuados a las circunstancias concretas de los contratos*²⁶²”. Sobre esta premisa entendemos, que tal objetivo debe extrapolarse también al caso de la contratación menor, puesto que, la competitividad no significa necesariamente hacer pública la licitación, sino que ésta debe consistir en dar respuesta a las necesidades del órgano contratante de la manera más eficiente posible, respondiendo a una correcta utilización de los fondos públicos destinados a la consecución de los fines a obtener, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y el control del gasto²⁶³. En este mismo sentido, entendemos que, si bien, hay quienes insisten en que aplicar un procedimiento legal y adecuado como es el contrato menor, puede resultar improcedente por eludir la publicidad y la concurrencia; también debería apreciarse como inadecuado el uso de un procedimiento que incremente gastos innecesariamente, cuando la ley contempla esa posibilidad. Y es que, bajo el paraguas de una mayor concurrencia, no se deben implementar trámites burocráticos innecesarios ni acudir a procedimientos incorrectos que signifiquen un derroche injustificado de los fondos públicos.

Resulta sin duda sorprendente, la cantidad de críticas generadas contra una figura jurídica legalmente establecida en nuestro ordenamiento cuya utilización, además, no es obligatoria²⁶⁴, y que, sin embargo, nada se critique al respecto de la implementación de los costes que se generarían en los entes públicos contratantes si no se acude al contrato menor en aquellos casos en que quepa tal opción; siendo como es, el principio de eficiencia en la gestión de los gastos públicos, también un principio a respetar en las actuaciones de las administraciones públicas y cuyo incumplimiento puede ser considerado delito de malversación de caudales públicos²⁶⁵. Por tanto, ante la constante

²⁶² *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, E/CNMC/004/18, de 7 de febrero de 2019, p. 5.

²⁶³ Según se señala en el artículo 1 LCSP.

²⁶⁴ Cuando el Artículo 131.3 LCSP indica que *Los contratos menores podrán adjudicarse directamente...*; deja a la voluntad del gestor público la posibilidad de acudir a este o a otro procedimiento administrativo, permitiendo así, acudir a procedimientos que sí se someten rigurosamente a todos los principios generales de la contratación.

²⁶⁵ Tipificado en el Capítulo VII "De la malversación" del Título XIX del Libro II del Código Penal, artículos 432 a 435. Al respecto, resulta de interés, Sanz Mulas, N., "Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2017, núm. 19-05, pp. 1-35, en concreto p.3-4 cuando señala que "*El Título VII de la Constitución subordina toda la riqueza del país al interés general, vinculando el desarrollo de la actividad pública a la existencia de unos*

insistencia en desterrar el uso del contrato menor, se debe cuestionar, si existen principios que gozan de una mayor protección -como la transparencia, y la libre concurrencia- frente a otros -como la eficiente utilización de los fondos públicos- y, por tanto, si incrementar los gastos de la contratación pública²⁶⁶, existiendo un procedimiento que permite el ahorro, como es el contrato menor, no ha de ser tenido en cuenta, o más aún, no debería ser sancionado.

Por todas estas características analizadas, podemos afirmar que el contrato menor es un procedimiento de contratación pública único, y que goza del carácter de exclusivo en nuestro ordenamiento jurídico. Y en este sentido, debemos poner en valor que la competitividad no significa necesariamente llevar a cabo una licitación en cualquier caso, sino dar respuesta a las necesidades de la administración contratante de la manera más eficiente posible, respondiendo al objeto, sustentado en la sencillez y en la limitación de costes, tal y como se aporta a través de esta figura. En definitiva, la cuestión es que debemos huir de situaciones absurdas y, económicamente poco justificables, en las que la única solución implique implementar el coste de la tramitación de manera indefendible, teniendo la posibilidad de utilizar -siempre de manera apropiada y sin desviaciones- un procedimiento legalmente establecido que permite un uso eficiente del dinero público.

recursos económicos estatales, por lo que también otorga trascendencia constitucional a sus procedimientos de obtención y gastos. En este sentido, el modo en cómo se gastan y distribuyen los recursos públicos es, sobre todo, objeto de regulación del Derecho presupuestario (Tribunal del Cuentas) y del Derecho administrativo... El patrimonio público es un patrimonio afectado a los fines de prestación de servicios públicos y buen funcionamiento de la Administración. En este sentido, la STS de 3 de septiembre de 2014 considera que el bien jurídico son los caudales públicos encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender las necesidades del bien común. En otras sentencias el TS [STS 657/2013, 15 julio. En sentido similar, SSTS 180/98, 10 de febrero; 1398/98, 11 noviembre; 1486/98, 26 noviembre; 537/02, 5 abril; 927/03, 23 junio; 1237/03, 27 octubre; 85/04, 29 enero; 211/06, 2 marzo; 1313/06, 28 noviembre; y 44/08, 5 febrero; 696/13, 26 septiembre; 400/07, 17 mayo] incluso va más allá, indicando que el bien jurídico protegido “no sólo es la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado u otros organismos públicos, además de la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios”.

²⁶⁶ Debemos recordar que los gastos en contratación pública suponen un 20% del PIB nacional.

CAPITULO II

ALTERNATIVAS A LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR

A pesar de que el presente estudio versa sobre la figura del contrato menor, no debemos olvidar que la Ley de Contratos del Sector Público califica a este procedimiento como excepcional y que, si bien el Proyecto de la ley introducía una reducción significativa de las posibilidades de contratación directa, centrada en el procedimiento negociado sin publicidad; esta reducción se incrementó durante la tramitación parlamentaria, incorporando nuevas restricciones a los contratos menores,²⁶⁷ tal y como señala el apartado V del Preámbulo de la ley, al matizar que la contratación directa se reduce a *situaciones extraordinarias*²⁶⁸ o, en palabras del Prof. MORENO MOLINA, residual²⁶⁹. Por tanto, este mecanismo no debe ser utilizado de manera recurrente por los órganos de contratación, sino que ha de favorecerse, con carácter general, el uso de otros procedimientos considerados como ordinarios, tales como el procedimiento abierto y el procedimiento restringido²⁷⁰. Es por ello por lo que, entendemos que resulta necesario analizar las alternativas que la propia ley pone a disposición del tramitador de la

²⁶⁷ García Álvarez, G. “¿Jaque a la contratación directa? El controvertido régimen de los contratos menores”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2018, pp. 245-295, en concreto, p. 251.

²⁶⁸ Tras la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía en la LCSP'17, añade que *en este procedimiento* -refiriéndose al procedimiento abierto simplificado- *se habilita además una tramitación especialmente sumaria para los contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias*. Proporcionando un nuevo procedimiento alternativo, para limitar el su uso abusivo de la contratación directa, justificado en la falta de alternativas y acotando la figura del contrato menor a situaciones extraordinarias, esto es, imposibles de prever o programar con suficiente anticipación.

²⁶⁹ En el prólogo a la obra de Villanueva Cuevas, A., “*La contratación menor en España. Su problemática regulación y una propuesta de futuro*.”, Wolters Kluwer España, Madrid, 2021, al señalar que *La LCSP, de forma acertada, ha eliminado esta posibilidad de acudir al negociado por razón de la cuantía, y aunque mantiene la opción de utilizar los contratos menores, en el nuevo diseño de la arquitectura de los procedimientos de adjudicación de los contratos, e incluso tras la discutible reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2020, éstos han pasado a desarrollar una función residual en detrimento del procedimiento abierto simplificado sumario*.

²⁷⁰ Artículo 131.2 LCSP: “*La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento*”.

contratación pública y pormenorizar cuáles son sus elementos y características como impulso para favorecer su uso y no incurrir en el error de abusar de manera sistemática de los contratos menores.

Como veremos en la siguiente exposición, la utilización regular de otros procedimientos contractuales alternativos a la adjudicación directa, no implica por sí misma, una renuncia a la agilidad procedimental, puesto que la ley, en aras de reducir la rigidez de los procedimientos de contratación pública, regula otros mecanismos alternativos con los que también se pueden disminuir los tiempos de tramitación ordinarios -y que son los empleados con mayor asiduidad- con la finalidad de lograr la consecución de las necesidades de los órganos de contratación y satisfacer de manera eficiente las compras públicas; si bien en todo caso, este objetivo solo se puede lograr, ha de partir de una correcta planificación de las futuras compras.

2.1. SISTEMAS DE RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Bajo la denominación de Racionalización Técnica de la Contratación, se agrupa el conjunto de técnicas dirigidas a dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad necesaria que permiten que los entes públicos puedan contratar reduciendo los tiempos de las adquisiciones de *compras corrientes, repetitivas y -podríamos añadir- de pequeño importe*²⁷¹ y que les resulten necesarias para la consecución de sus fines²⁷².

Ahora bien, debemos tener presente que este impulso hacia la flexibilización de las técnicas de contratación no es una novedad en la legislación española reciente²⁷³, puesto

²⁷¹ Artículo 88 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. Y, a continuación, en su artículo 89, indica, en referencia a la formalización de las compras directas de suministros menores, que “*En las compras directas de suministros menores realizadas en establecimientos comerciales abiertos al público hará las veces de documento contractual la factura pertinente cuando consten en ella los requisitos que reglamentariamente se establezcan*”.

²⁷² Artículo 28.1 LCSP: “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”.

²⁷³ Cuya regulación se encuentra en los artículos 218 a 230 de la LCSP; si bien, el Consejo de Estado, en su Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, ha sido especialmente crítico con la ubicación en el texto normativo de los Sistemas de Racionalización Técnica de la Contratación, entendiendo que “*A la vista de estas finalidades, la ubicación*

que el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965²⁷⁴, ya contemplaba esta posibilidad al señalar que *en aquellos casos que por similitud de suministros o para la obtención de mejores condiciones se haga conveniente la contratación global, podrá el Gobierno acordar la creación de una Junta de Compras de carácter interministerial, con la composición y competencia que aquél establezca*²⁷⁵.

Aún con ello y, a pesar de esta posibilidad de contratación global contemplada en la norma nacional del año 65, lo cierto es que el impulso efectivo en nuestro sistema legislativo se produce de la mano de la regulación europea, a través de la Comunicación de la Comisión Europea de 16 de marzo de 1998, sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea*»²⁷⁶ cuando reconoce que “*las normas actuales en materia de contratación son complicadas e inflexibles, y que la transposición de las directivas europeas en normas nacionales está creando mayores distorsiones; y afirmando que la aplicación por los Estados miembros de normas del mercado único relativas a la contratación pública es lenta e insuficiente y que el acceso de las PYME a los contratos públicos aún es limitado, debido no sólo a la falta de información, sino también al desconocimiento de la información existente*” [Considerandos D, E, y G del documento].

Por ello, “*recuerda a la Comisión que una práctica adecuada en materia de contratación debe facilitar, y no impedir, las mejores prácticas o las mejores opciones*”, e insta a aquella a que presente propuestas con vistas a lograr los objetivos de simplicidad

de dicho régimen en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo, a continuación de los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos, resulta discutible. Mayor sentido tendría que esta regulación se incardinara en el Capítulo I del mismo título, referido a las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas, tal vez como una sección específica -insertada antes de la relativa a los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos- o como una subsección de la Sección 2ª, en el marco de la adjudicación contractual”; crítica que finalmente no ha sido aceptada y resultando finalmente ser ésta la ubicación en el texto definitivo de la ley.

²⁷⁴ Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

²⁷⁵ Según se indica en el Artículo 88, párrafo 2º del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

²⁷⁶ Comunicación de 1998, sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea*» (COM (98)0143 - C4-0202/98) Bruselas, 11 de marzo de 1998, COM (98) 143, basada en el Libro Verde sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones de Futuro*», Comunicación adoptada por la Comisión Europea el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Señor Monti.

y flexibilidad²⁷⁷ además de presentar una serie de medidas encaminadas a la mejora de la dinamización y flexibilización de la contratación pública, proponiendo sistemas como el desarrollo de la contratación electrónica “*para promover el acceso universal y la plena participación de los entes adjudicadores y de los ofertantes*”, o el fomento del uso del Diálogo competitivo en las contrataciones²⁷⁸, como medida de flexibilidad dado que, en ocasiones, las administraciones necesitan la orientación o el planteamiento de opciones disponibles en el mercado para dar respuesta a sus necesidades²⁷⁹.

Este impulso de la flexibilización, racionalización y dinamización de la contratación pública, se vio reflejado años más tarde en la Directiva 2004/18/CEE al dejar constancia de las nuevas técnicas de adquisiciones desarrolladas en algunos Estados miembros²⁸⁰ y permitir que los poderes adjudicadores de cada uno de los ellos recurrieran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas

²⁷⁷ En este sentido, insta a la Comisión a que presente propuestas con vistas a lograr los objetivos de simplicidad y flexibilidad, conservando la coherencia con los principios fundamentales expuestos a los Estados miembros en 1971 (preámbulo de la Directiva del Consejo n° 71/305/CEE).

²⁷⁸ Al respecto del Diálogo competitivo señala que “*la idea de permitir un mayor uso de este procedimiento de negociación flexible es positiva mientras se mantenga el equilibrio entre la transparencia y la confidencialidad. Dicho procedimiento tiene un valor innegable en aquellos casos en que sea difícil definir la tecnología que cabe aplicar en un contrato complejo. Durante algún tiempo se permitió usar, aunque de forma muy limitada, este procedimiento para los servicios auxiliares, y funcionó satisfactoriamente. Su extensión a las demás directivas aumentará considerablemente las posibilidades de los entes adjudicadores para obtener el valor óptimo en la contratación pública y abrir el campo para innovaciones y avances en materia de diseño técnico. Las propuestas no deberían restringir excesivamente la utilización del diálogo competitivo, sino proporcionar un claro marco de control dentro del cual pueda llevarse a cabo*”.

²⁷⁹ Esta propuesta de la Comisión, referida al fomento del uso del Diálogo competitivo en las contrataciones públicas, no debe entenderse como un sustituto del contrato menor, sino que lo que pretende la Comisión, es impulsar otros posibles instrumentos de racionalización y flexibilización de la contratación para obtener el resultado que busca la administración contratante y que no tiene perfectamente definido.

²⁸⁰ Directiva 2004/18/CEE. Considerando (15): “*Se han desarrollado en algunos Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por consiguiente, conviene establecer una definición comunitaria de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores. Deben igualmente definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva*”.

electrónicas y a diálogos competitivos, atendiendo a sus propias diversidades²⁸¹; lo que se tradujo en la incorporación de la regulación de las figuras del Acuerdo Marco, del Sistema Dinámico de Adquisición y de las Centrales de la Contratación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público²⁸²; y vinculando directamente su posterior regulación a la evolución de dichos sistemas de contratación en el marco europeo, siendo en la actualidad identificadas bajo el título de *Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada*²⁸³ en la Directiva 2014/24/UE, como consecuencia de la marcada tendencia de los mercados de contratación pública de la Unión, hacia la agregación de la demanda por parte de los compradores, con el fin de obtener economías de escala; incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, así como de mejora y profesionalización de la gestión de la contratación²⁸⁴.

2.1.1. Acuerdos Marco

La figura del Acuerdo Marco, es un instrumento que permite reducir y simplificar la tramitación administrativa de los procedimientos de contratación -especialmente, en aquellos supuestos en los que no se exija celebrar una licitación para cada contrato basado- al igual que sucede en la contratación menor; sin embargo, mientras que en ésta, la aplicación de ciertos principios propios de la contratación pública resulta más laxa, los Acuerdos Marco, no se alejan del estricto cumplimiento de estos principios, por lo que aportan mayor transparencia y seguridad jurídica a los interesados.

Si bien, la LCSP 17 no da una definición del concepto de Acuerdos Marco, la Directiva 2014/24/UE lo define como “*un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de*

²⁸¹ Directiva 2004/18/CEE. Considerando (16): “*Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva*”.

²⁸² Artículos 178 a 191 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

²⁸³ Artículos 33 a 39 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

²⁸⁴ Aspiraciones reflejadas en el Considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE.

*regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas*²⁸⁵”; siendo por tanto, su característica singular que se trata de una figura de naturaleza precontractual “*inspirado en la categoría del contrato normativo*²⁸⁶” cuya finalidad es la de regular con antelación las reglas o condiciones de un eventual y futuro contrato²⁸⁷. Por tanto, no es un contrato en sí mismo, sino que se trata de un instrumento previo de selección para la futura celebración de los contratos basados en dicho acuerdo.

En palabras del Consejo de Estado²⁸⁸, se trata de una figura jurídica inspirada en la categoría de contrato normativo, cuya finalidad es la de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse una o varias empresas con las que se suscriba en el futuro, a la hora de contratar determinadas prestaciones durante un periodo determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas²⁸⁹.

²⁸⁵ Artículo 33.1 párrafo 2º de la Directiva 2014/24/UE.

²⁸⁶ Así lo ha afirmado el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1397/2012, de 14 de febrero de 2013, al indicar que el *acuerdo marco, inspirado en la categoría del contrato normativo, apareció en el Derecho europeo de la contratación pública en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*; y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Informe 14/2008 de 10 de julio al recordar que *hay que tener en cuenta que la figura de acuerdo marco no es un procedimiento de adjudicación, si no una modalidad contractual inspirada en la categoría del contrato normativo*.

²⁸⁷ Esta idea de futuro se extrae del contenido del artículo 219.1 LCSP, cuando indica que “uno o varios órganos de contratación podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo de tiempo...”.

²⁸⁸ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016.

²⁸⁹ Esta figura también ha sido objeto de estudio por otros órganos tales como el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco; el cual, en la Resolución 106/2018, de 11 de septiembre de 2018, se analiza esta figura vista la interposición de recurso por la mercantil AIR LIQUIDE ESPAÑA SA contra los pliegos del acuerdo marco “Suministro de fungibles al Basque Center for Macromolecular Design and Engineering (Polymat Fundazioa)” y en el que este órgano mantiene que en los Acuerdos Marco, mientras está vigente una relación contractual de tracto sucesivo, se suceden múltiples relaciones contractuales secundarias derivadas de la primera, y defiende que “*el órgano de contratación goza de amplia libertad para definir la estructura y contenido de los acuerdos marco y la LCSP no precisa qué se debe entender por “términos del acuerdo marco” ni qué contenido mínimo han de tener éstos*”; al referirse a la potestad del órgano de contratación para definir el alcance del objeto del contrato en un acuerdo marco. p.7.

Por lo tanto, podemos entender el acuerdo marco como una técnica previa a la contratación de la necesidad propiamente dicha, por parte de uno o varios órganos de contratación; en el que se fijan algunas de las condiciones de los futuros contratos con la empresa o empresas con las que se celebra dicho acuerdo, y cuya aplicación se extiende a cualquier clase de objeto contractual²⁹⁰.

Así mismo, este instrumento que podríamos calificar como precontractual -puesto que su celebración es previa a la formalización de un contrato²⁹¹- responde a otra característica singular, esta es, que no exige la existencia de crédito para su celebración, puesto que, aunque vincula a las partes, la disposición económica de la contratación será

²⁹⁰ Al respecto, resulta clarificadora la Resolución del TACRC número 1212/2017, de 22 de diciembre, en el que la recurrente Johnson & Johnson S.A. presenta recurso especial en materia de contratación contra el “*acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (prótesis traumatológicas de cadera y cementos de resina acrílica para prótesis traumatológicas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado*” (Exp. AM 2017/136), licitado por Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Entidad Gestora de la Seguridad Social dependiente de la Administración General del Estado, al entender que se han vulnerado los principios rectores de la contratación pública, de igualdad entre licitadores y el de búsqueda de la máxima concurrencia, al establecer el PPT ciertas exigencias limitantes.

En respuesta al recurso interpuesto, recuerda el TACRC que el procedimiento de acuerdo marco no es un procedimiento exclusivo ni excluyente, y no impide, que el bien suministrado por la recurrente pueda ser adquirido por las entidades y organismos subjetivamente afectados por aquél, mediante procedimientos de contratación singulares atendiendo a las necesidades clínicas específicas del paciente. Entiende, además que la no inclusión del referido bien entre las especificaciones de material del PPT vulnera los principios de igualdad y libre concurrencia y, por tanto, no existe limitación alguna de la competencia. Al respecto, trae al presente asunto la Resolución 140/2013, de 10 de abril de 2013, cuyos argumentos fueron ratificados por la Resolución 139/2014 y en la que se indicaba que “*como bien señala el órgano de contratación en el informe del art. 46.2 TRLCSP, el presente acuerdo marco no tiene carácter exclusivo ni excluyente, siendo lo cierto que el Sistema Nacional de Salud seguirá, en todo caso, obligado a proporcionar la debida atención a sus pacientes y que, por ende, podrá y deberá, en su caso, acometer procedimientos específicos y separados de contratación para la adquisición de los productos que sean indispensables para la cobertura de cualesquiera necesidades que no resulten debidamente atendidas en el marco de la presente licitación. Por otro lado, en dicho informe el órgano de contratación afirma (en términos que deben presumirse veraces a tenor de lo dispuesto en el artículo 317.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que las características técnicas así descritas se corresponden con productos de uso generalizado en el Sistema Nacional de Salud y que las distintas Administraciones que son parte en el acuerdo marco reputan idóneos, siendo evidente que la uniformización en las tales características y el establecimiento de estándares de calidad comunes, no sólo favorece la aplicación de economías de escala sino que, además, redundan en una mejora de la calidad y equidad del sistema*”.

²⁹¹ Vid. nota 287.

comprometida *ad futurum*, esto es, en el momento en que, sobre la base del acuerdo marco celebrado, cada uno de los contratos se lleven a cabo de manera efectiva²⁹².

En cuanto a la duración de un acuerdo marco y la duración de los contratos que se deriven de este, la ley distingue dos plazos perfectamente establecidos. Por un lado, la duración máxima permitida para los acuerdos marco no podrá superar los cuatro años de duración, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados²⁹³. Por otro lado, con independencia del momento de celebración de un contrato basado en un acuerdo marco, éste se regirá por lo establecido en el artículo 29 LCSP²⁹⁴ en cuanto a su duración y ejecución. Por tanto, el tiempo restante de duración del acuerdo marco no es un límite

²⁹² Al respecto encontramos numerosas referencias en la doctrina. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señalaba en su Informe 17/12, de 20 de noviembre, en cuanto al valor máximo estimado en los acuerdos marco que *“en los acuerdos marco no existe presupuesto ni crédito, por lo que los hipotéticos ajustes en las previsiones del valor estimado no pueden suponer ajuste presupuestario alguno vinculado al mismo, aunque sí, en su caso, a las previsiones presupuestarias vinculadas a los contratos derivados del acuerdo marco”*.

También la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, en su Informe 2/2015, de 15 de julio, sobre el contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario regulado en el artículo 9.3 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre indicaba que *“no siendo el acuerdo marco un contrato no va a comportar gasto, por lo que no es exigible la existencia de crédito adecuado y suficiente. Serán los contratos basados en el acuerdo marco los que requerirán un compromiso presupuestario”*; y traía al caso el Informe 5/2010, de 14 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón cuando recordaba que *“los Acuerdos Marco no significan la realización inmediata del gasto público, es decir, su celebración no va a conllevar la emisión de ningún tipo de documento de gestión presupuestaria. Por tanto, la tramitación de tales expedientes no queda condicionada ni mediatizada por la existencia de crédito, sino que sólo responde al hecho de que haya unas necesidades reales de adquisición de los bienes objeto del contrato, de las que sólo se hace una mera estimación o previsión para el periodo de tiempo de que se trate”*.

²⁹³ Este límite temporal viene establecido con la finalidad de proteger los mercados y la libre competencia entre los empresarios, puesto que *“las entidades no podrán recurrir a los acuerdos Marco de una manera abusiva, que tenga como consecuencia impedir, restringir o falsear la competencia. Se trata de naciones que con que entroncan con el derecho de la competencia, tanto comunitario como nacional, aunque deba ponerse de relieve la dificultad para su operatividad en el sentido pretendido. En este sentido es importante señalar que esta es la única restricción que se impone a la utilización de esta figura. El riesgo para la competencia que supone esta figura hace que en el artículo 44 de la ley se insista de nuevo sobre la obligación de no incurrir en prácticas que produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”*. Cases Pallarés, Ll., “Artículo 6 Acuerdos Marco”, en la obra colectiva, dirigida por García Macho, R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. pp. 1263-1297, p. 1282.

²⁹⁴ Tal y como se indica en el artículo 219.3LCSP: *“La duración de los contratos basados en un acuerdo marco será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29 de la presente Ley, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, así como por los pliegos reguladores del acuerdo marco”*.

para los contratos derivados del mismo, lo que permite poder celebrar un contrato en el último año de la vigencia de un acuerdo marco por una duración superior al tiempo de vigencia restante de éste²⁹⁵. Visto lo cual, por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, se podrían llevar a cabo contratos de mayor duración que la máxima establecida de un año para los contratos menores.

Por otro lado, y como no podría ser de otra manera, sólo podrán adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco durante la vigencia de este. Al respecto, debemos entender que se ha cumplido este requisito en los siguientes supuestos:

“a) En el caso de contratos basados que para su adjudicación, de acuerdo con el artículo 221 requieran la celebración de una licitación, la fecha de envío a los adjudicatarios del acuerdo marco de las invitaciones para participar en la licitación, siempre que las propuestas de adjudicación se reciban dentro del plazo establecido para ello en el acuerdo marco correspondiente.

b) En el caso de contratos basados cuya adjudicación no requiera la celebración de licitación, la fecha relevante será la de la adjudicación del contrato basado”.

En este caso, por lo que se refiere a la posibilidad de sustitución de los contratos menores por esta alternativa; de entre ambas opciones indicadas, la que resultaría apropiada, sería la de un acuerdo Marco en el que no se estableciera la necesidad de una

²⁹⁵ Tal y como recuerda en el Informe 7/2015, de 29 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre duración de contratos basados en un Acuerdo Marco indica en su *Consideración 5* que “..., los contratos basados en un acuerdo marco se sujetan a las reglas generales sobre el plazo de duración de los contratos, pudiendo extender su vigencia más allá de la del citado acuerdo, siempre que se adjudiquen durante la vigencia del acuerdo marco, por lo que, en el supuesto objeto de consulta, no resultaría precisa la prórroga del acuerdo marco, si los contratos se adjudican durante la vigencia de éste”.

En el mismo sentido y, más recientemente, el Recurso nº 1603/2019, de 23 de enero de 2020, del TACRC, señala que “La posibilidad de que un contrato basado prolongue su vigencia una vez expirado el acuerdo marco del que trae causa (recogida implícitamente en el artículo 219.3 de la vigente LCSP, a cuyo tenor “la duración de los contratos basados en un acuerdo marco será independiente de la duración del acuerdo marco”), se reconoce también en el Considerando 62 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Considerando que aclara que, “mientras que los contratos basados en un acuerdo marco se adjudiquen antes del final de la validez del propio acuerdo marco, no es necesario que la duración de los contratos individuales basados en un acuerdo marco coincida con la duración de dicho acuerdo marco, sino que puede ser más corto o largo, según proceda”.

posterior celebración de licitación, puesto que, de lo contrario, la agilidad pretendida, se desvanecería por completo.

En cuanto al procedimiento de celebración de acuerdos marco, la LCSP 17 remite a las normas generales de procedimientos establecidas en el Libro II de la Ley para la celebración de los acuerdos marco. Al respecto, en opinión de quien suscribe y en base a la crítica del Consejo de Estado²⁹⁶ genera cierta confusión, que el legislador haya querido ubicar esta figura en un epígrafe tan alejado de la Ley, puesto que *“la ubicación de dicho régimen en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo, a continuación de los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos, resulta discutible. Mayor sentido tendría que esta regulación se incardinara en el Capítulo I del mismo título, referido a las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas, tal vez como una sección específica -insertada antes de la relativa a los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos- o como una subsección de la Sección 2ª, en el marco de la adjudicación contractual”*. Ahora bien, sin perjuicio de su más o menos correcta ubicación en el cuerpo de la norma, lo importante, según señala el Consejo de Estado en el Dictamen anteriormente indicado, es *“que el texto deje claro que la racionalización técnica de la contratación -tal y como se regula en el anteproyecto y sin perjuicio de la observación que se realizará seguidamente- forma parte de la fase preparativa y de adjudicación, a los efectos del régimen jurídico de los contratos del sector público. Hay que tener en cuenta que, dada su procedencia europea, las figuras enumeradas no se restringen al ámbito de los contratos administrativos, sino que también son aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada, de naturaleza privada, celebrados por poderes adjudicadores sin el carácter de Administración pública. En este sentido, para estos últimos contratos, el artículo 26.3 del anteproyecto se remite, en cuanto a la preparación y adjudicación, a lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero, en el que el artículo 316 prevé la aplicación, entre otros, de los artículos 216 a 226, sobre la racionalización técnica de la contratación”*.

En cuanto a los requisitos propiamente dichos de la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, será necesario el envío del anuncio del mismo al Diario Oficial de

²⁹⁶ Tal y como se indica en el Dictamen del Consejo de Estado nº 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, cit. 259.

la Unión Europea, cuando por su valor estimado se trate de un contrato que así lo exija; y al Boletín Oficial del Estado, para acuerdos marco celebrados por la Administración General del Estado; aunque se faculta la posibilidad de no publicar la totalidad de la información en los supuestos del artículo 155.3 LCSP, esto es, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios.

Por lo que se refiere a la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, como no puede ser de otra manera, tras la celebración del acuerdo marco con una o varias empresas, solamente éstas podrán formalizar contratos basados en aquél con la administración correspondiente, salvo en los casos de celebración de acuerdos por centrales de contratación que puede extenderse al resto de entes del sector público que formen parte del acuerdo marco.

La adjudicación a una de las empresas participantes no conlleva necesariamente una nueva licitación, pero para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser la adjudicataria del contrato basado y ejecutar la prestación. Sin embargo, nada impide que se vuelva a licitar la totalidad del contrato o alguno de sus lotes, si es que éste estuviera dividido en lotes. En tal caso, habrá que atender a lo establecido en las condiciones señaladas en los pliegos del acuerdo marco las cuales, han de estar debidamente detalladas en los pliegos y su procedimiento consistiría en lo siguiente:

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse se invitará a la licitación a todas las empresas parte del acuerdo marco que, de acuerdo con los términos de la adjudicación del mismo, estuvieran en condiciones de realizar el objeto del contrato basado. La invitación se realizará por los medios que se hubieran establecido a tal efecto en el pliego regulador del acuerdo marco.

No obstante lo anterior, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el

expediente, no invitar a la licitación a la totalidad de las empresas, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres.

b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato basado teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato, la pluralidad o no de criterios de valoración, así como su complejidad, y el tiempo necesario para el envío de la oferta.

c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.

Las empresas parte del acuerdo marco invitadas a la licitación de conformidad con lo dispuesto en la letra a) anterior, estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación del contrato basado, en los términos fijados en el pliego del acuerdo marco.

d) El órgano de contratación podrá optar por celebrar la licitación para adjudicar los contratos basados en un acuerdo marco a través de una subasta electrónica para la adjudicación del contrato basado conforme a lo establecido en el artículo 143 de la presente Ley, siempre que así se hubiera previsto en los pliegos reguladores del acuerdo marco.

e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco.

f) La notificación a las empresas no adjudicatarias de la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, podrá sustituirse por una publicación en el medio determinado en los pliegos reguladores del acuerdo marco.

-Modificación de los acuerdos marco y los contratos derivados.

La redacción original del artículo que regulaba esta cuestión en el Anteproyecto de la ley fue objeto de crítica por parte del Consejo de Estado en el Dictamen emitido en marzo de 2016²⁹⁷; al respecto señalaba que *“este precepto, a propósito de la modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en ellos, concluye afirmando que «las*

²⁹⁷ Dictamen del Consejo de Estado nº 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

empresas parte del acuerdo marco estarán obligadas a aplicar en el mismo los precios con que concurran en el mercado si éstos mejoran los de la adjudicación de dicho acuerdo marco, siempre que las condiciones aplicables a la prestación fueran similares».

Con independencia de que el ámbito de esta previsión se circunscriba a los proyectos modificados a partir de una interpretación sistemática, pese a que de la literalidad parezca inferirse su generalidad, ni siquiera en el marco de la reforma de los acuerdos marco puede aceptarse una regla como la transcrita. Como se ha visto, el fin primordial del acuerdo marco estriba en la fijación de las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos que se pretendan adjudicar a favor de uno o varios empresarios, prestando especial atención a los precios. Dada esta atención específica, de la misma forma en que el empresario no puede aspirar a incrementar los precios plasmados en el acuerdo marco con fundamento en los que oferta a los demás clientes, quedando a su riesgo y ventura la ejecución de las prestaciones en las condiciones económicas que sirven de cobertura a los contratos basados en tal acuerdo marco, tampoco la Administración puede exigir que los reduzca si una determinada coyuntura hace posible que el empresario mejore los precios con los que concurre en el mercado”. E instaba a su eliminación, cuando indicaba que, “por este motivo, debe valorarse la supresión de la regla transcrita, cuya conformidad con el principio de pacta sunt servanda, esto es, el de obligatoriedad de lo concertado para todas las partes del contrato, resulta muy cuestionable”.

En consecuencia, el precepto finalmente aprobado eliminó tal exigencia, limitándose únicamente a facultar las modificaciones de los acuerdos marco y de los contratos derivados de estos, siempre que se ajusten a las reglas generales de modificación de los contratos; estableciendo además un límite del 20% en las modificaciones de los precios unitarios resultantes de un acuerdo marco y matizando que “en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos”. Además de la posibilidad de modificar la relación de bienes del tipo adjudicado o similares cuando existan razones de interés público, de nueva tecnología o configuración surgidos con posterioridad a la adjudicación; así como la posibilidad de la sustitución por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren sus prestaciones o características, siempre que no incrementen en más del 10% el precio inicial, salvo que los pliegos que rigen la contratación hubieran establecido otro límite.

Para finalizar, queremos compartir la crítica plateada por el Consejo de Estado respecto a la regulación de las consecuencias que pueden surgir durante la vigencia de un Acuerdo Marco y que la Ley ha obviado regular y, por tanto, *“se echa en falta en la regulación en tramitación un mayor desarrollo de los aspectos relativos al devenir de las figuras de racionalización técnica de la contratación, una vez formalizados, particularmente, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación. Dado que la regulación del anteproyecto es transposición de la Directiva de referencia, cuyo alcance se centra en la suscripción de tales figuras, no son abordadas las múltiples cuestiones a que puede dar lugar un acuerdo marco, a continuación de su firma, o un sistema dinámico de adquisición, tras su implantación”*²⁹⁸. Entendemos que la regulación queda coja en aspectos importantes y que, como señala el Consejo de Estado en su crítica, resultan lo suficientemente habituales como para ser necesaria tal regulación. Esta carencia, obliga necesariamente a acudir a la jurisprudencia y al marco general establecido en la propia Ley para aplicar de manera analógica aquellos supuestos similares a los que aquí se puedan plantear.

Por todo ello, la alternativa de los Acuerdos Marco a los contratos menores tiene su razón de ser en tanto en cuanto permite mantener la agilidad procedimental propia del contrato menor, siempre que se haya realizado el correspondiente trámite administrativo previo de la celebración del acuerdo marco de que se trate, y se establezcan los requisitos para proceder a las futuras adjudicaciones sin necesidad de llevar a cabo una licitación de entre los contratistas seleccionados. Por otro lado, el uso de este tipo de procedimiento confiere mayor transparencia a las actuaciones contractuales y, por lo que se refiere a los operadores económicos seleccionados, estos gozan de la seguridad de saberse adjudicatarios de la administración contratante durante el tiempo de vida del Acuerdo Marco celebrado, según se establezca en las condiciones previas establecidas, evitando así, gastos e incertidumbres en futuras licitaciones. Ahora bien, debemos señalar que aún con todas sus ventajas, también existen aspectos que podrían hacer elegir la contratación menor en defecto de los Acuerdos Marco, como puede ser la incertidumbre de las

²⁹⁸ Continúa el Consejo de Estado en su Dictamen señalando que *“La experiencia del Consejo de Estado en asuntos relacionados con la interpretación o resolución de acuerdos marco celebrados por la Administración pone de manifiesto que la aplicación a ellos del régimen de efectos, extinción y cumplimiento de los contratos administrativos no siempre ofrece respuesta a las dudas surgidas, básicamente por la convivencia de tales acuerdos y los contratos basados en ellos”*; y afea al legislador la falta de previsión en la regulación de estas cuestiones.

necesidades que pudieran surgir a largo plazo y que no se hubieran contemplado en el Acuerdo Marco, dado que todos los extremos de dicha contratación han de estar perfectamente delimitados antes de la formalización de los contratos derivados; por tanto, resultaría infructuosa esta figura para supuestos como la contratación de servicios consistentes en elaboración de proyectos, por ejemplo; o en aquellas cuestiones de carácter intelectual que podrían encajar mejor en la figura del contrato menor, o incluso, en aquellas cuestiones tecnológicas cuyos avances suelen adelantarse a los tiempos establecidos en el Acuerdo Marco celebrado y por tanto, resultar inadecuado; siempre y cuando, recordemos, no se trate de contratos de tracto sucesivo ni de prestaciones periódicas previsibles, en cuyo caso, no cabría la utilización de contratos menores sino que habría que acudir a la celebración de un Acuerdo Marco o a cualquier otra de las alternativas presentadas en este capítulo.

2.1.2. Sistemas dinámicos de adquisición

Otra de las figuras recogidas en la LCSP 17 como instrumento para la racionalización técnica de la contratación que camina de la mano de los Acuerdos Marco, son los sistemas dinámicos de adquisición, ya que, siendo figuras muy similares -en tanto que ambas aspiran a concretar con carácter previo, las exigencias y condiciones de una futura contratación- su finalidad es la de lograr una mayor agilidad en el momento en que surja la necesidad de compra²⁹⁹; siendo necesaria su preparación con carácter previo a la aparición de la necesidad propiamente dicha.

Podemos definir los sistemas dinámicos de adquisición, como un instrumento de compromiso de compra a futuro, para agilizar las contrataciones de obras, servicios y suministros de uso corriente con duración determinada, en el que se admite la participación de cualquier empresario interesado durante toda la vigencia del sistema,

²⁹⁹ Por ello, dada esta similitud entre ambas figuras, hay quienes se cuestionan la necesidad de esta doble regulación; tal es el caso de Domínguez-Macaya Laurnaga, J., en la obra colectiva *Tratado de Contratos del Sector Público*, coordinada por Gamero Casado, E., y Gallego Corcolés, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, Capítulo XL: “Los sistemas dinámicos de Adjudicación: unos cambios de calado”, pp. 2051-2076, en concreto, p. 2052, cuando señala que las diferencias entre ambos instrumentos no justifican esta doble existencia y augura una permanencia de los sistemas dinámicos de adquisición frente a la desaparición de los acuerdos marco; no sólo por la mayor utilización que de aquellos se ha dado desde su implementación en nuestras administraciones, sino también, por la mejor regulación que del mismo se ha hecho en las nuevas Directivas comunitarias y en la actual Ley de Contratos del Sector Público.

siempre que cumpla los requisitos establecidos por el órgano de contratación; sin límite de candidatos y de forma gratuita, permitiendo así un incremento de la participación y enriqueciendo el mercado³⁰⁰.

Este instrumento, confecciona con carácter previo las futuras necesidades del órgano de contratación, dividiendo en categorías las diferentes necesidades a cubrir, sin que exista obligación alguna de llevar a término las compras que se implementan en el SDA.

Al igual que ocurre en el resto de los sistemas de racionalización técnica de la contratación, los sistemas dinámicos de adquisición³⁰¹ se caracterizan porque su ámbito de aplicación se limita a obras, servicios y suministros, si bien es particularidad propia de éstos, que se encuentren disponibles en el mercado por ser de uso corriente y que, para su contratación, se empleen las normas del procedimiento restringido³⁰². Por tanto, su aplicación se limita a la consecución de ciertas necesidades de rápida obtención, lo que se fundamenta sobre la base del dinamismo que se presume de esta figura, siendo estas cuestiones, las que hacen de este mecanismo de contratación una posible alternativa al contrato menor, en tanto que, esta celeridad es sin duda una de las necesidades más habituales por las que las administraciones recurren a la contratación menor.

³⁰⁰ Si bien, tal y como nos recuerda Domínguez-Macaya Lurnaga, J., “[l]a nueva Directiva 2014/24/UE ha pasado a regular las definiciones en su artículo 2, pero dentro de ellas no ha incluido a los Sistemas Dinámicos de Adquisición [La nueva Ley de Contratos del Sector Público no ha aprendido ni de la antigua Ley de contratos de los sectores excluidos (Ley 31/2007), ni de la nueva Ley de los sectores excluidos —al menos tal y como está en el momento de escribir este análisis, algo atrasada respecto a la tramitación de la Ley de los sectores «clásicos»—, que en ambos casos tienen un artículo concreto que desarrolla determinadas definiciones]. Espero, y supongo, que esta eliminación se deba a que ya todo el mundo sabe que son y para qué sirven los Sistemas Dinámicos de Adquisición”, en la obra colectiva coordinada por Gamero Casado, E., y Gallego Corcolés, I., *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, Capítulo XL: “Los sistemas dinámicos de Adjudicación: unos cambios de calado”, pp. 2051-2076, p. 2055.

³⁰¹ Salta a la vista que el primero de los aspectos que ha sufrido una modificación en esta figura con respecto a la anterior regulación es el de su denominación puesto que, como nos recuerdan Canales Gil, A. y Huerta Barajas, J.A., “por fin, la LCSP otorga al «Sistema Dinámico de Adquisición» la denominación que le correspondía ya desde la Directiva 2004/18/CEE superando la situación equívoca que se arrastraba en el TRLCSP en el que, por un lado, se hablaba de «Sistema Dinámico de Contratación» mientras que, por otro, en el artículo 88.8 se refería a esta figura con la terminología correcta denominándolo «Sistema Dinámico de Adquisición»”, en la obra conjunta *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2018, Tercera parte: “Aspectos troncales. Racionalización Técnica de la Contratación”, pp. 194- 206, p. 202.

³⁰² Tal y como dispone el artículo 223 LCSP.

A esta sencillez y dinamismo, propios de los sistemas dinámicos de adquisición, hay que sumar que se caracterizan por ser un proceso totalmente electrónico, que logra incrementar su agilidad; permitiendo que sea una característica que debería favorecer, una vez más, su elección como alternativa a los contratos menores³⁰³.

En cuanto al procedimiento de adjudicación, se establecen en el artículo 224.5 LCSP las siguientes obligaciones para el órgano de contratación:

a) Publicar un anuncio de licitación en el perfil de contratante en el cual se precise que se trata de un sistema dinámico de adquisición y el período de vigencia del mismo.

b) Indicar en los pliegos, al menos, la naturaleza y la cantidad estimada de compras previstas, así como la información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición, en particular el modo de funcionamiento del mismo, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

c) Indicar toda división en categorías de productos, obras o servicios y las características que definen dichas categorías.

d) Ofrecer un acceso libre, directo y completo, durante todo el período de vigencia del sistema, a los pliegos de la contratación, de conformidad con el artículo 138 LCSP.

En cuanto a su duración, frente al límite de cuatro años establecido para los acuerdos marco, la única limitación que la norma indica para los sistemas dinámicos de adquisición, es el necesario establecimiento del periodo de vigencia de estos en los pliegos que lo regulen; lo que permite adecuar los tiempos y evitar así, la preparación de nuevas adjudicaciones directas frecuentes, además de estar a la realidad del mercado.

Como hemos indicado anteriormente, el procedimiento a emplear será el restringido, con las siguientes particularidades:

El plazo mínimo para la presentación de las solicitudes de participación será de treinta días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, que no podrán ampliarse una vez enviada la

³⁰³ La Universidad de Almería ha sido pionera en la implantación de los Sistemas Dinámicos de Adquisición. Claros ejemplos son sus SDA de suministro de diverso material informático o de material de laboratorio. Al respecto se ha referido Rodríguez García, I., en el webinar “Los sistemas dinámicos de adquisición”, de 12 de mayo de 2020.

invitación escrita a los candidatos para la primera contratación específica en el marco del sistema dinámico de adquisición.

Los órganos de contratación evaluarán estas solicitudes de participación, de conformidad con los criterios de selección, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su recepción, que podrá prorrogarse a quince días hábiles en casos concretos justificados, en particular si es necesario examinar documentación complementaria o verificar de otro modo si se cumplen los criterios de selección.

Así mismo, los órganos de contratación deberán indicar en los pliegos si hay posibilidad de prórroga del plazo a que se refiere este apartado y, en caso afirmativo, su duración.

Finalmente, durante toda la vida del sistema dinámico, se podrá requerir a los participantes que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato, conforme al artículo 140.3 LCSP³⁰⁴.

Por lo que se refiere a la adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, al contrario de lo que ocurre en los Acuerdos marco, es obligatoria la licitación de cada uno de los contratos que se generen dentro de la vigencia del mismo, invitando a todos los participantes admitidos en el sistema dinámico para que presenten oferta, concediendo un plazo mínimo de diez días para su remisión y seleccionando a quien hubiera presentado la mejor oferta, conforme a los criterios detallados previamente en el anuncio de licitación del sistema dinámico de adquisición.

³⁰⁴ Artículo 140.3 LCSP: “El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares”.

Ahora bien, este sistema consigue aportar la transparencia que tanto se reclama a los contratos menores.

Para concluir, el órgano de contratación está obligado a comunicar a la Comisión Europea los cambios referidos a la vigencia de duración del sistema dinámico en los siguientes casos:

a) Cuando el periodo de vigencia se modifique sin que se haya terminado el sistema, a través del modelo de anuncio utilizado inicialmente para la convocatoria de licitación del sistema dinámico de adquisición.

b) Cuando haya concluido el sistema, a través del anuncio de adjudicación del contrato.

Al igual que en los acuerdos marco, el Consejo de Estado critica en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo, las dificultades interpretativas a las que se verá enfrentado el operador jurídico en la utilización de esta figura – y de los acuerdos marco- debido a la falta de desarrollo en la norma de los efectos, cumplimiento y extinción y por tanto, la falta de resolución de las posibles incidencias que surjan a lo largo de la vida de un sistema dinámico resultan inapropiadas, puesto que se ha dejado incompleta su regulación, abocando así al gestor de la contratación a acudir a las normas de otros procedimientos, ante posibles supuestos no recogidos en la norma³⁰⁵.

Como conclusión, avala nuestra defensa de este instrumento como alternativa a la contratación menor, el reciente Informe trienal de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de mayo de 2021, al señalar que *la utilización de sistemas dinámicos de contratación ha permitido reducir las contrataciones menores, incrementando consecuentemente la publicidad en las contrataciones por debajo de umbrales*³⁰⁶, lo que

³⁰⁵ Y recuerda que, en su Dictamen 363/2015, de 18 de junio, se enumeraban una serie de cuestiones al respecto de la resolución de un acuerdos marco, *"tales como el impacto de los cumplimientos defectuosos, demoras e inejecución de determinadas prestaciones en el conjunto de las relaciones contractuales enclavadas con base en el acuerdo marco", o "la virtualidad de tales inobservancias para sustentar la resolución, bien del acuerdo marco, bien de los concretos contratos derivados afectados"*; aplicables también a los sistemas dinámicos de adquisición.

³⁰⁶ Informe trienal de la Junta Consultiva de Contratación Pública, relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020; mayo de 2021, p. 126; al indicar las medidas adoptadas para el incremento de la participación de las PYMEs en la contratación pública.

ha supuesto un incremento de la participación de las PYMEs en las compras públicas y por tanto, favoreciendo la competitividad en los mercados.

2.1.3. Centrales de contratación

Finalmente, la LCSP 17 hace referencia a las Centrales de contratación como tercer instrumento para racionalizar la contratación pública³⁰⁷, ahora bien, definidas como medida organizativa para la racionalización técnica, que se configuran en la Directiva 2014/24 como poderes adjudicadores, que permiten una mayor eficacia y eficiencia económica y de gestión y deben poder actuar adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición o servicios destinados a los mismos³⁰⁸; entendemos que resultaría más adecuado encuadrar las compras centralizadas como una encomienda de compra conjunta a un órgano creado al efecto, para racionalizar las compras de las entidades encomendantes mediante la celebración de contratos, acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición³⁰⁹.

Las Centrales de contratación o de compras, tienen como objetivo -como ha puesto de manifiesto la JCCA de las Islas Baleares, a través de su Comisión Permanente- *“conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación*

³⁰⁷ Las centrales de contratación no son una novedad de la ley del año 2017, sino que se incorporan por primera vez en nuestro ordenamiento, tras la regulación de las mismas en la Directiva 2004/18/CE, y más concretamente en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, junto con el resto de los sistemas de racionalización técnica contemplados para la contratación pública; con el objetivo de simplificar, ordenar y racionalizar los procedimientos de compras de las Administraciones públicas.

³⁰⁸ Noguera de la Muela, B., “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta, y centrales de compra. IV. Las centrales de compra de las Administraciones públicas”, en la obra colectiva dirigida por Gimeno Feliú, J.M., *Estudio sistemático de la ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi Pamplona, 2018, pp. 233-280.

³⁰⁹ Al respecto, artículo 227.2 LCSP: *“Las centrales de contratación actuarán adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos”*.

administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos públicos³¹⁰”; y su finalidad, es la de contribuir al enriquecimiento de los mercados, tal y como se indica en el Considerando 69 de la Directiva 2014/24/UE³¹¹ cuando señala que, “al tratarse de la adquisición de grandes cantidades, estas técnicas pueden contribuir a ampliar la competencia y deben profesionalizar el sistema público de compras”.

Esta figura, cuya evolución se recoge por primera vez en el marco de la Unión Europea y cuyo desarrollo en la norma nacional fue clamorosamente lento³¹², se ha desarrollado significativamente, hasta llegar en la LCSP 17 a la creación de una Junta de Contratación Centralizada de carácter estatal³¹³ cuya finalidad es la de gestionar ciertas contrataciones

³¹⁰ Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 18 de diciembre de 2009. Informe 5/2009, de 18 de diciembre. Posibilidad de que una o más entidades adjudicadoras concluyan un acuerdo marco, p 10.

³¹¹ El extenso desarrollo de esta figura se encuentra en los Considerandos 69 a 73 y en el artículo 37 de la Directiva 2014/24/UE y, se completa con el artículo 38 que se ocupa de la contratación conjunta esporádica.

³¹² Sobre la evolución de esta figura Gallego Corcolés, I., “Novedades en la centralización de compras en la ley 9/2017 de contratos del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, nº 60 Septiembre 2018, pp. 189-217.

³¹³ La creación de este órgano se recoge en el Artículo 229.5 LCSP y su composición se fijará reglamentariamente, debiendo figurar entre sus vocales un funcionario que tenga atribuido, legal o reglamentariamente, el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. En ningún caso podrán formar parte de las Juntas de Contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, los altos cargos, el personal de elección o designación política ni el personal eventual. Podrá formar parte de las Juntas de Contratación personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Juntas de Contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate.

En el supuesto de contratos en que el procedimiento de adjudicación utilizado sea el procedimiento abierto simplificado, la Junta de Contratación en todo caso se entenderá válidamente constituida cuando asistan el Presidente, el Secretario, el funcionario que tenga atribuido, legal o reglamentariamente, el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y el interventor, salvo en el supuesto del artículo 159.6, en el que no será obligatoria la constitución de la Mesa conforme a lo dispuesto en el artículo 326.1.

Además, las Juntas de Contratación podrán solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional; según establece el artículo 323.4 LCSP.

y facilitar su acceso a las mismas a otros entes, mediante su mera adhesión. Este órgano -adscrito a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación³¹⁴, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública- servirá para prestar el apoyo necesario y lograr un adecuado funcionamiento del sistema de contratación centralizada, y ejercerá el resto de las funciones que le sean atribuidas³¹⁵.

En este punto, queremos poner de manifiesto que, si bien el fomento de las compras públicas centralizadas es una respuesta a la demanda de agilidad contractual, así como a la eficiencia económica de las compras públicas; éstas, pueden provocar un choque con el impulso que desde la Unión Europea se ha dado a la participación en el mercado público de PYMEs y micro PYMEs con la obligación de dividir en lotes las contrataciones; y ello porque, en algunas ocasiones, la compra conjunta o centralizada puede expulsar de ese nicho de mercado a aquellas empresas que por su tamaño reducido no sean capaces de dar respuesta a las exigencias demandadas en este tipo de procedimientos; por lo que esta figura provoca cierta inseguridad en cuanto a su uso y al ajuste con las exigencias europeas.

Continuando con el análisis de esta figura, por lo que se refiere a su funcionalidad, las centrales de compras pueden actuar mediante dos mecanismos diferentes, así, por un lado, *“deben poder actuar como mayoristas al comprar, almacenar o revender o, en segundo lugar, deben poder actuar como intermediarios al adjudicar contratos, gestionar sistemas dinámicos de ventas o celebrar acuerdos marco que vayan a utilizar los poderes adjudicadores.*

³¹⁴ La creación de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación se llevó a cabo mediante el Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; y sus atribuciones no son meramente de centralización de compras sino también, de racionalización de la contratación, y otras funciones relacionadas con la gestión centralizada de créditos presupuestarios para la financiación de créditos centralizados. (Fuente: web del Ministerio de Hacienda).

³¹⁵ Artículo 229.5 párrafo segundo de la LCSP: *“La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación prestará el apoyo técnico necesario para el adecuado funcionamiento del sistema estatal de contratación centralizada y ejercerá el resto de funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico”.*

En algunos casos, este cometido de intermediario puede desempeñarse ejecutando de manera autónoma los procedimientos de adjudicación pertinentes, sin recibir instrucciones de los poderes adjudicadores que entren en consideración. En otros casos, los procedimientos de adjudicación pertinentes se ejecutarán siguiendo instrucciones de los poderes adjudicadores de que se trate, en nombre y por cuenta de los mismos³¹⁶”.

En cuanto a su creación, la LCSP 17 también contempla dos posibilidades, por un lado, que estas puedan ser creadas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales; y por otro, que se realice una compra centralizada estatal, a cuyos órganos -la Junta de Contratación Centralizada de carácter estatal y la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación- ya nos hemos referido anteriormente. Con carácter general, las Comunidades Autónomas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las Corporaciones Locales³¹⁷, podrán crear centrales de contratación y, tanto estas como sus organismos y entidades dependientes podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras entidades del sector público³¹⁸ para beneficiarse del sistema de compras que éstas hayan creado. Además, cabe la posibilidad de la adhesión de las entidades locales a las centrales de contratación creadas por administraciones superiores³¹⁹ e incluso a aquellas que hayan sido creadas por asociaciones de entidades

³¹⁶ Considerando 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

³¹⁷ Por lo que se refiere a las asociaciones de Entidades Locales éstas *podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal regulado en el artículo 206 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en los mismos términos que las Entidades Locales*; por mor de la modificación de la Disposición adicional quinta, apartado 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que a su vez se ha incorporado a la LCSP, a través de la Disposición adicional tercera, apartado 10, al determinar que *Las Entidades Locales, sin perjuicio de la posibilidad de adherirse al sistema estatal de contratación centralizada y a las centrales de contratación de las Comunidades Autónomas y de otras Entidades Locales, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 228, podrán adherirse también a las centrales de contratación que creen conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como a las creadas por la Administración General del Estado.*

³¹⁸ Cuyo régimen de adhesión se encuentra regulado en el artículo 229 LCSP.

³¹⁹ Como la Central de Contratación de la Federación Española de Municipios y Provincias. (FEMP), la cual, tal y como señala su Reglamento regulador, *“se configura como instrumento que permite la tramitación y/o adjudicación de las prestaciones de otros poderes adjudicadores, en este caso las Entidades Locales asociadas, dando aplicación a los principios de simplificación administrativa,*

locales³²⁰, siendo este un importante asunto respecto del tema que nos ocupa; y es que, sin duda, esta posibilidad facilitaría que se redujeran significativamente las compras menores entre las administraciones adheridas. Así, a modo de referencia, en el caso de entidades locales de bajo presupuesto, cuya actuación contractual se conforma, básicamente, de contratos menores, la adhesión a centrales de contratación le permitiría alejarse de tal práctica recurrente y optar por las posibilidades que la central de contratación pudiera ofrecerle; si bien, una misma administración no podría acudir a varias centrales de contratación para la provisión de una misma prestación.

Finalmente, la ley regula la adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información³²¹ atribuyendo en este caso, la competencia exclusiva al sistema estatal de contratación centralizada; con la posible excepción de atribuir dicha competencia a otros órganos de la administración solamente cuando circunstancias especiales o el volumen de adquisiciones que realicen así lo aconseje.

2.1.4. Subastas y catálogos electrónicos

Junto con los mecanismos señalados para racionalizar la contratación pública, queremos traer también a este punto dos instrumentos para agilizar las compras públicas, esto es, sistemas electrónicos que sirven para agilizar la adjudicación pero que no se trata de procedimientos de contratación en sentido estricto; y que, sin embargo, podrían emplearse con dos finalidades diferentes; por un lado, para agilizar las adjudicaciones realizadas a través de procedimientos alternativos al contrato menor, y por tanto,

facilitando los procesos de contratación y posibilitando, mediante la aplicación de las denominadas economías de escala y la estandarización de las obras, servicios y suministros, el logro de condiciones económicas más favorables en la contratación de los mismos, con la consiguiente reducción del gasto público”.

³²⁰ Según establece la Disposición adicional tercera de la LCSP al señalar en cuanto a las normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales, que *“las Entidades Locales, sin perjuicio de la posibilidad de adherirse al sistema estatal de contratación centralizada y a las centrales de contratación de las Comunidades Autónomas y de otras Entidades Locales, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 228, podrán adherirse también a las centrales de contratación que creen conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como a las creadas por la Administración General del Estado”.*

³²¹ Artículo 230 LCSP.

generando un menor rechazo a dichas alternativas sobre la base del retraso que provoca prescindir de las adjudicaciones directas; y por otro lado, en el caso de optar por la contratación menor, aportando objetividad y transparencia a los procedimientos de adjudicación de los mismos. Nos referimos a las subastas y a los catálogos electrónicos.

2.1.4.1. Las Subastas electrónicas

En cuanto al primero de ellos, la LCSP recoge esta figura como un proceso electrónico repetitivo a efectos de la adjudicación del contrato que, tras una primera evaluación completa de las ofertas, se emplea para la clasificación de las mejoras a presentar de determinados elementos de las ofertas; a través de métodos de evaluación automatizada, mediante el empleo de dispositivos electrónicos³²².

Las subastas electrónicas, como hemos dicho, no son un procedimiento de contratación, sino que son un instrumento para la valoración de las ofertas presentadas, con el objeto de obtener una evaluación ágil de las mismas; y, dado que su uso se restringe a los procedimientos abiertos, restringidos y negociados³²³, entendemos que en aquellos supuestos en los que, tras el correspondiente análisis de las necesidades se observe la posibilidad de llevar a cabo una contratación a través de uno de los procedimientos

³²² Artículo 143 LCSP: “1. A efectos de la adjudicación del contrato podrá celebrarse una subasta electrónica, articulada como un proceso electrónico repetitivo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automatizados, debiendo velarse por que el mismo permita un acceso no discriminatorio y disponible de forma general, así como el registro inalterable de todas las participaciones en el proceso de subasta”.

³²³ A excepción de aquellos cuyas prestaciones sean de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría o arquitectura para los cuales no se admite su uso; y cuyo límite, también se contempla en la Directiva 2014/24/UE, Artículo 35.1, párrafo tercero de la Directiva 2014/24/UE: “No podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos públicos de servicios y de obras que, al tener por objeto prestaciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados”; y Considerando 67 de la Directiva 2014/24/UE: “Debe señalarse que las subastas electrónicas no son normalmente adecuadas para determinados contratos de obras públicas y contratos de servicios públicos cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, ya que solo los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, solo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica”; ni en contratos relacionados con la calidad alimentaria; y siempre que se recoja su uso expresamente en los pliegos que rijan la licitación.

admitidos para la utilización de este mecanismo electrónico, su agilidad podría favorecer su aceptación en detrimento del uso abusivo de los contratos menores.

En segundo lugar, otra alternativa que se quiere proponer es la de utilizar este instrumento en las adjudicaciones menores. Surge esta posibilidad, a la luz de la Instrucción de la OIRESCON³²⁴ referida a la petición de tres ofertas en el caso de la contratación menor³²⁵. Así, tal cumplimiento, más allá de una mera justificación de tal exigencia en el expediente, podría materializarse de manera efectiva mediante el empleo de la subasta electrónica para ofrecer una verdadera objetividad y transparencia de dichos contratos. Se trata, en definitiva, de optimizar los procedimientos de contratación mediante los instrumentos de agilización procedimental puestos a disposición de los poderes adjudicadores.

En cuanto a su procedimiento, la norma establece que deberá recogerse expresamente en los pliegos que regulan la licitación, el uso de esta técnica en el procedimiento³²⁶, y se restringe a dos criterios, estos son, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio; o bien, al precio y otros valores objetivos que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o en porcentajes; por lo que se garantiza la posibilidad de llevar a cabo su valoración a través de este instrumento.

³²⁴ Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión y de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. «BOE» núm. 57, de 7 de marzo de 2019, pp. 21.893 a 21.899.

³²⁵ Y que analizaremos de manera pormenorizada en otro apartado de este estudio.

³²⁶ Deberá incluirse como mínimo en los pliegos, la siguiente información:

- a) Los elementos objetivos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica.
- b) En su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones relativas al objeto del contrato.
- c) La información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y, cuando proceda, el momento en que se facilitará.
- d) La forma en que se desarrollará la subasta.
- e) Las condiciones en que los licitadores podrán pujar y, en particular, las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja.
- f) El dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

Por lo que se refiere al mecanismo de la subasta electrónica propiamente dicho, tras la primera evaluación completa de las ofertas, aquellas que se ajusten a los criterios de adjudicación serán invitadas para participar en la subasta de manera simultánea por medios electrónicos. Esa invitación se incluirá toda la información necesaria para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado, señalando fecha y hora del comienzo de la subasta; no pudiendo transcurrir menos de dos días hábiles desde la invitación; asimismo se indicará en la invitación el resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate, así como la fórmula matemática que se empleará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios revisados a la baja o los nuevos valores que mejoren la oferta.

Por tanto, atendiendo a su sencilla aplicación, y a los argumentos expuestos en este apartado, entendemos que las subastas electrónicas no deberían ser rechazadas puesto que pueden resultar apropiadas para obtener una mayor agilidad en la tramitación de los procedimientos abiertos, restringidos y negociados; o bien, incorporarlos en las contrataciones menores como instrumento de transparencia sin que ello suponga un retraso en las adjudicaciones.

2.1.4.2. Los Catálogos electrónicos

Podemos definir los catálogos electrónicos, como una nueva técnica de compra pública de carácter automatizado, a través de la cual, se constituye un formato común para la presentación y la organización de la información para todos los licitadores participantes, cuyo objetivo es incrementar la competencia y la racionalización en las compras públicas³²⁷.

Al igual que las subastas electrónicas, los catálogos requieren la utilización de medios informáticos para su adjudicación y éstos, pueden exigirse en la convocatoria de una

³²⁷ El Considerando 68 de la Directiva 2014/24/UE, señala como ejemplo de catálogo electrónico, la posibilidad de presentación de las ofertas mediante una hoja de cálculo en la que los operadores económicos deberán adaptar sus catálogos generales en función del procedimiento específico de contratación al que se presenten, adaptando aquél a las necesidades y requisitos del poder adjudicador, no siendo válida la presentación de un catálogo general.

licitación basada en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición, dándole aún mayor agilidad a las futuras adquisiciones³²⁸.

Estos catálogos son, por tanto, un instrumento de presentación para los licitadores cuya característica principal es que todos los licitadores deben respetar este tipo de formato para la presentación y organización común de la información a presentar y que deberán ser adaptados y actualizados en función del procedimiento específico de contratación; permitiendo así responder a la demanda específica del operador económico de que se trate.

A pesar de su regulación en la Directiva 2014/24/UE³²⁹, esta figura no se ha previsto en la LCSP 17; si bien, ello no ha supuesto una limitación para su uso y puesta en marcha ya que este instrumento es empleado por algunos poderes adjudicadores en España³³⁰ y que consiste en la obligada presentación de las ofertas por parte de los licitadores en forma de catálogo electrónico on-line, los cuales deberán cumplir los requisitos exigidos de exigencias técnicas y actualización. A través de este sistema -empleado en países como Italia o Chile- se permite el acceso a las compras de los materiales licitados, de manera ágil durante los siete días de la semana por parte de las diferentes unidades tramitadoras del órgano de contratación sin necesidad de llevar a cabo una nueva licitación y

³²⁸ Artículo 36.6 de la Directiva 2014/24/UE: “*Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos basados en un sistema dinámico de adquisición exigiendo que las ofertas relativas a un contrato concreto se presenten en formato de catálogo electrónico.*”

Asimismo, los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos basados en un sistema dinámico de adquisición conforme a lo dispuesto en el apartado 4, letra b), y en el apartado 5, siempre que la solicitud de participación en dicho sistema vaya acompañada de un catálogo electrónico de conformidad con las especificaciones técnicas y el formato establecidos por el poder adjudicador. Este catálogo será completado posteriormente por los candidatos, cuando se les informe de la intención del poder adjudicador de constituir las ofertas mediante el procedimiento descrito en el apartado 4, letra b) ”.

³²⁹ Considerando 68 y Artículo 36 de la Directiva 2014/24/UE.

³³⁰ La Universidad de Almería viene utilizando habitualmente este instrumento para las compras recurrentes de bienes consumibles con excelentes resultados por primera vez en España. Sin embargo, su uso es generalizado en otros países de la UE; así, por ejemplo, en Suecia, el 40% de los municipios y el 95% de las regiones utilizan sistemas de pedidos electrónicos y han visto grandes ventajas. Según una encuesta realizada en 2017 por la Asociación Sueca de Autoridades Locales y Regiones, el 91% de los municipios y el 67% de las regiones encontraron la información y visibilidad de los contratos y los precios muy mejorados con catálogos electrónicos, pedidos y procesamiento de facturas electrónicas. También observaron un mayor cumplimiento de los acuerdos marco. El 91% de los municipios y el 83% de las regiones concluyeron que el proceso de adquisición es más eficiente mediante la introducción de carros de compra con una facturación electrónica eficiente. Además, el 78% de los municipios y el 67% de las regiones concluyeron que es más fácil hacer un seguimiento de los pedidos. Fuente: www.news.ual.es

permitiendo disponer de una pluralidad de artículos seleccionando el que más se adecúe a las necesidades en cada caso.

En cuanto a su uso como alternativa al contrato menor, al igual que en las subastas públicas, no se trata de un procedimiento de contratación sino, en todo caso, de un instrumento de agilización de las contrataciones; por eso, las propuestas que aquí planteamos son, al igual que en el supuesto precedente, un empleo de los catálogos electrónicos permitiendo a los poderes adjudicadores seleccionar en cada momento la oferta más conveniente de entre las empresas participantes; lo que atribuye sin duda un importante ahorro en la gestión de las compras. Este sistema de contratación resulta especialmente útil en las compras relacionadas con la investigación, puesto que, con ellas, no se limita a un tipo de producto, sino que se abarca una pluralidad de necesidades sin la obligatoriedad de licitar de manera independiente cada una de ellas.

Sin duda, el legislador español ha perdido una gran oportunidad de agilidad procedimental, al obviar la incorporación de este instrumento en la contratación pública electrónica española³³¹.

2.1.5. La Compra conjunta esporádica

Finalmente, como alternativa a la contratación menor y como respuesta para unificar las necesidades de diferentes órganos del Sector Público para llevar a cabo una contratación pública más eficiente, se contempla la posibilidad de realizar compras conjuntas por dos o más poderes adjudicadores, en aquellas contrataciones con un mismo objeto contractual. Estas actuaciones consisten en unificar esfuerzos y recursos de varios órganos de contratación para dar una respuesta conjunta a las necesidades comunes, de tal manera que, se cumplirían con todas las obligaciones y principios a que están sometidos los procedimientos de contratación reduciendo la carga administrativa e igualmente, llevando a cabo una mejor gestión de los recursos públicos de los entes

³³¹ Postura que también defiende Martínez Gutiérrez, R., en la obra, *“La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en concreto, Capítulo II: “Reglas generales e instrumentos electrónicos de la contratación pública. II. Reglas generales aplicables a las comunicaciones electrónicas. 5. Los catálogos electrónicos como mecanismo de presentación de ofertas por medios electrónicos”, pp.153-159.

participantes; y, aunque la compra pública esporádica no está creada con la finalidad de evitar la contratación menor, este puede ser un recurso muy eficiente para el caso que nos ocupa.

En el marco de la normativa europea sobre contratación pública, se contempla esta posibilidad facilitando que se pueda desarrollar de forma conjunta, asumiendo cada uno de los poderes adjudicadores el cumplimiento de sus obligaciones; o bien, uno de los poderes adjudicadores será el responsable de administrar el procedimiento en nombre de todos³³². En el mismo sentido, la regulación nacional viene a contemplar la potestad de auto organización y los sistemas de cooperación pública vertical y horizontal, y señala que *las entidades pertenecientes al sector público podrán en todo caso, acordar la realización conjunta de contrataciones específicas*³³³ como un supuesto esporádico para

³³² Artículo 38 Directiva 24/2014/UE Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Contratación conjunta esporádica:

“1. Dos o más poderes adjudicadores podrán acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas.

2. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores interesados, estos tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva. Ello se aplicará también en aquellos casos en que un solo poder adjudicador administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de los demás poderes adjudicadores interesados.

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de los poderes adjudicadores interesados, estos solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada poder adjudicador será único responsable del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la presente Directiva con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia”.

³³³ Según el artículo 31.2 de la LCSP y continúa indicando los mecanismos para su ejecución: *“3. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de varias entidades, estas tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones. Ello se aplicará también en aquellos casos en que una sola entidad administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de las demás entidades interesadas.*

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de las entidades interesadas, estas solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada entidad será única responsable del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia”.

aprovechar economías de escala³³⁴ y que resulta de aplicación sobre la base de la potestad de auto organización de las Entidades públicas.

Si bien la compra pública conjunta no es una práctica excesivamente extendida, tampoco resulta ajena al tráfico contractual habitual, puesto que los resultados son atractivos para las partes implicadas³³⁵ y, sin duda, desde la lógica de los principios de eficiencia y de cooperación aplicables a la gestión contractual de las entidades locales resulta viable y conveniente ya que la opción de compra conjunta no solo es legal, sino que se ajusta a los parámetros de la buena administración³³⁶.

Así, mediante esta opción de compra conjunta esporádica entre diferentes entes del sector público, es más que probable no sólo racionalizar la compra pública, sino que, además, se presenta como una posible alternativa, en lugar de acudir al uso del contrato menor entre entes del sector público que tienen las mismas necesidades; así, por ejemplo, un Ayuntamiento y su Patronato de Deportes pueden contratar conjuntamente los servicios de limpieza ahorrando costes de gestión y obteniendo mejores ofertas.

CONCLUSIÓN

En conclusión, como hemos visto, cada uno de estos instrumentos analizados y aplicables como alternativa a la figura del contrato menor, se caracterizan por la necesaria planificación previa para seleccionar en cada caso la alternativa más oportuna a las necesidades de cada contratación, que se deberá llevar a cabo para su correcta puesta en marcha, y para conseguir así, un futuro resultado acorde con las necesidades de los órganos de contratación. Como no puede ser de otra manera, dicha planificación, trae

³³⁴ Informe 5/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Posibilidad de realizar licitaciones conjuntas entre una Entidad Local y un Organismo Autónomo de ella dependiente, pp. 4-5.

³³⁵ En este sentido, el Ayuntamiento de Barcelona, en su Guía de contratación pública innovadora dedica un apartado específico a estas compras conjuntas señalando que *este nuevo modelo de relación contractual nos permite fomentar procedimientos de contratación más amplios y dinámicos, posibilitándonos plantear, incluso, procesos de compras conjuntas y de demanda agregada con otras administraciones. Se tendrá que analizar caso por caso si las necesidades detectadas son adecuadas para una CPI con junta, y si tiene o no sentido establecer un acuerdo marco de manera que otras administraciones puedan utilizar los resultados finales.*

³³⁶ Informe 5/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Posibilidad de realizar licitaciones conjuntas entre una Entidad Local y un Organismo Autónomo de ella dependiente, p. 8.

consigo un laborioso trabajo previo de análisis de las necesidades, tiempos de ejecución, administraciones participantes, etc. pero que, una vez puestos en marcha, suponen una significativa reducción del tiempo de adquisición de las necesidades y de ahorro significativo económico y humano.

Por todo ello, no se puede ni se debe acudir nuevamente a la excusa de la falta de agilidad de los procedimientos que la legislación facilita más allá del contrato menor, para recurrir de manera reiterativa a este; cuanto menos, visto que la norma actual de contratación pública obliga, afortunadamente, a efectuar una planificación anual de las necesidades de contratación de las entidades públicas³³⁷, que permite realizar un análisis y estructuración de las futuras necesidades al menos, a un año vista; facilitando así la posibilidad de llevar a cabo contrataciones conjuntas y agregadas que, una vez implantadas, facilitan la tan demandada agilidad de las contrataciones. Y ello además, porque como ya recordaba el Consejo de Europa a España en el año 2016³³⁸, *el uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios*, por lo que, dado el carácter limitado de los recursos y el constante incremento de las necesidades a cubrir por las administraciones públicas, todas las opciones que contempla la ley como alternativa al contrato menor, deben ser aplicadas sin mayor dilación.

2.2. PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO SUMARIO

Para finalizar con el conjunto de alternativas que ofrece la regulación contractual frente al uso desmesurado del contrato menor, es justo detenerse en el fuerte impulso que la Ley

³³⁷ Artículo 28.4 LCSP: *“Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”*.

³³⁸ Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo {SWD (2016) 263 final} Bruselas, 27.7.2016 COM (2016) 518 final.

de contratos ha dado al procedimiento abierto³³⁹ en su última redacción, al crear dos nuevos subtipos de alternativas procedimentales dentro de éste, como son, el procedimiento abierto simplificado³⁴⁰ y el procedimiento abierto simplificado sumario³⁴¹. Estos nuevos procedimientos vienen a flexibilizar los requisitos del procedimiento abierto *tradicional*, favoreciendo la agilidad en la tramitación procedimental³⁴² y rompiendo así con la justificación o excusa, tantas veces empleada, para acudir a la contratación directa -esta es, la falta de alternativas ágiles en la legislación contractual- y que, aún con esa mayor agilidad, consiguen respetar los principios generales de la contratación.

Los tres procedimientos abiertos mantienen ciertos rasgos comunes entre sí, -como no podía ser de otra manera- en cuanto a la tramitación, publicidad y transparencia; si bien, poseen diferencias notables que permiten utilizar cada uno de ellos ante las diferentes necesidades surgidas en los órganos de contratación y que sin duda, permiten sustituir por alguna de estas alternativas, la utilización del contrato menor en numerosas ocasiones, posibilitando en gran medida, que se convierta definitivamente, en un verdadero procedimiento excepcional y residual³⁴³.

Pasamos a continuación a analizar las singularidades de estos dos nuevos tipos de procedimientos incorporados en nuestro ordenamiento y sus características, en aras de mostrar cómo su impulso puede favorecer la transparencia y convivir con plazos de tramitación especialmente breves; y valorar si cabe o no la sustitución del contrato menor por ellos.

³³⁹ El procedimiento abierto propiamente dicho, se encuentra regulado en los artículos 156 a 158 LCSP, cuyo contenido no ha sufrido modificaciones sustanciales con respecto a la regulación precedente, sin embargo, se han incorporado como gran novedad, dos nuevos procedimientos complementarios, que podríamos calificar como “hermanos menores” del procedimiento abierto tradicional.

³⁴⁰ El procedimiento abierto simplificado está regulado a lo largo de los cinco primeros apartados del artículo 159 de la LCSP.

³⁴¹ El procedimiento abierto simplificado sumario cuya regulación se concentra únicamente, en el apartado 6 del artículo 159 LCSP.

³⁴² Especialmente en el caso del procedimiento abierto simplificado sumario, como veremos en el desarrollo de este capítulo.

³⁴³ La práctica continúa demostrando que el contrato menor sigue perpetuado en nuestras administraciones, a pesar de la voluntad del legislador en crear nuevas figuras alternativas.

2.2.1. El Procedimiento Abierto Simplificado

Nace el procedimiento abierto simplificado para dar respuesta a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, en lo que se refiere al fomento de la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, desde el impulso de la regulación normativa, puesto que ésta, a lo largo de todo su cuerpo normativo, deja clara la evidencia del protectorado que desde la Unión Europea se brinda a las pequeñas y medianas empresas para facilitar y fomentar su participación en el mercado de las compras públicas³⁴⁴.

Más allá de la finalidad contemplada por la UE, a nivel nacional se crea esta nueva figura para paliar las deficiencias de que adolecía el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, es decir, falta de transparencia y publicidad³⁴⁵ - cuestiones que no le resultan ajenas al procedimiento menor- y, al mismo tiempo, con la pretensión de obtener una gran agilidad, hasta el punto de que el legislador afirma que este nuevo procedimiento *“nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy*

³⁴⁴ Así, a lo largo de todo el articulado de la Directiva 2014/24 y, especialmente en un gran número de los Considerandos de la misma (C.2, 59, 66, 78, 79, 80, 83, 84, 87, 120, 124, 134), se hace una especial referencia a la protección de las PYME al potenciar las posibilidades de acceso al mercado de estas, adaptando la contratación pública a sus necesidades, facilitando su acceso y participación; evitando obstáculos indebidos de acceso a los operadores económicos, con especial apuestas por las PYMEs, limitando los requisitos de solvencia exigidos, entre otros.

³⁴⁵ Según se indica en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre: *“Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía. Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente, al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”*.

ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación³⁴⁶”.

La regulación de este nuevo procedimiento, y su versión sumaria, se recogen a lo largo de un único, pero extenso, precepto, esto es, el artículo 159 de la LCSP y, bien se puede asegurar, a la luz del contenido de la Exposición de Motivos de la Ley y de los límites económicos aplicables -2.000.000 € para las obras y 140.000 € para los servicios y suministros³⁴⁷- que, en el momento de su creación aspiraba a ser la figura estrella en la contratación pública para la gran mayoría de las administraciones, dejando por fin al contrato menor como una figura puramente residual, destinada a ser utilizada, únicamente en situaciones extraordinarias.

Se estructuró, por tanto, como una figura a caballo entre el procedimiento abierto tradicional y el contrato menor, ya que aumenta los requisitos de publicidad y concurrencia exigidos a las adjudicaciones directas, pero rebaja algunas de las exigencias contempladas en la tramitación del procedimiento abierto, -sin perjuicio de otras características que los asemejan y que analizaremos a continuación-; sin embargo, desde que la figura del procedimiento abierto simplificado aparece por primera vez en la redacción del artículo 157 del Proyecto de LCSP, hasta la aprobación definitiva de la Ley, ha sufrido variaciones significativas³⁴⁸ que han dado lugar a la pérdida paulatina de aquella agilidad procedimental que, inicialmente se esperaba de este instrumento y que se ha cedido en favor de las exigencias impuestas durante la tramitación parlamentaria de la ley, provocando consecuentemente, su desdoblamiento en dos procedimientos que

³⁴⁶ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

³⁴⁷ En su redacción inicial, las cuantías se establecían en cantidades fijas y determinadas, sin sometimiento a los umbrales de los contratos sujetos a regulación armonizada, indicados desde la Unión Europea y a sus variaciones; esto es, 2.000.000 € para los contratos de obras, y de 100.000 € para los servicios y suministros. Esta última cuantía fue modificada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2020 y su posterior corrección de errores de 20 de abril de 2021, estableciendo que la utilización de este procedimiento se podrá acordar cuando el valor estimado de los contratos *sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministro y de servicios, que su valor estimado sea inferior a las cantidades establecidas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de esta Ley, respectivamente, o a sus correspondientes actualizaciones*; siendo la cuantía de dicho límite a la fecha de finalización de este estudio, 140.000 €.

³⁴⁸ Especialmente tras las modificaciones incorporadas al precepto en la redacción final del proyecto de la Ley, como consecuencia de las diferentes exigencias introducidas en sede parlamentaria durante el trámite de presentación y aprobación de enmiendas.

dieron lugar a la creación de la ya mencionada versión sumaria o reducida del propio procedimiento simplificado. Además, otras fueron las modificaciones sufridas por este precepto, que supusieron un cambio significativo desde su primera redacción hasta la actual, y que pasamos a detallar:

-En primer lugar, los límites cuantitativos iniciales del proyecto de ley en los que se indicaba un *valor estimado inferior a dos millones de euros para obras y en el caso de servicios y suministros, el umbral será, según el tipo de contrato, el inferior a los establecidos para los contratos sujetos a regulación armonizada*, finalmente la redacción del precepto establece los límites económicos para este procedimiento a aquellos de un *valor estimado igual o inferior a dos millones de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de suministro y de servicios, que su valor estimado sea inferior³⁴⁹ a las cantidades establecidas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de esta Ley, respectivamente, o a sus correspondientes actualizaciones³⁵⁰.*

Sin duda, resulta curiosa la incorporación en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, por lo que se refiere a los mecanismos para agilizar y digitalizar los procedimientos de contratación relacionados con la gestión de los fondos europeos ligados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; ya que indica la necesidad de priorizar la digitalización de los procedimientos de contratación relacionados con la

³⁴⁹ La modificación llevada a cabo por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, indicaba en este punto que los límites para los contratos de servicios y suministro estaría en aquellos cuyo *valor estimado sea igual o inferior a las cantidades establecidas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de esta Ley, respectivamente...*Lo que supone un enfrentamiento entre este precepto y los indicados, dado que los contratos de valor estimado igual o superior a dichas cantidades están sujetos a regulación armonizada y por tanto, no cabe la tramitación por procedimiento simplificado. La cuestión fue subsanada mediante corrección de errores de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de 2020, publicada en el BOE núm. 94, de 20 de abril de 2021.

³⁵⁰ Y que, a la fecha de finalización de este estudio alcanzaba los 140.000 € tras la actualización llevada a cabo por la Orden HPF/1499/2021, de 28 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2022.

Previamente a esta modificación, en la redacción inicial del precepto, la cuantía por la que se podían regular los contratos a través de este tipo de procedimiento era una cantidad fija y determinada, 100.000 €; que no se encontraba sometida a los umbrales de los contratos sujetos a regulación armonizada, indicados desde la Unión Europea y a sus variaciones.

gestión de proyectos financiables con fondos europeos³⁵¹. Parece que, en este caso, el legislador ha olvidado que el texto legal apuesta decididamente por *la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor*³⁵² y deja en una simple recomendación la *digitalización* de los procedimientos de contratación referidos a los fondos europeos; si bien, es necesario advertir que digitalizar no implica *per se*, la tramitación electrónica del procedimiento, sino que, podría tratarse, únicamente, de *convertir o codificar en números, dígitos, datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro*³⁵³; y, aunque entendemos que la voluntad del legislador no era otra que establecer la tramitación electrónica de los procedimientos, en lugar de una mera digitalización de los documentos que forman parte del expediente, creemos que en este punto resultaría oportuna una corrección para que no se pudiera acudir a la interpretación literal por parte de algunos órganos de contratación obviando así la intención real de la norma.

-Respecto al plazo de presentación de las proposiciones, en el PLCSP se indicaba que para el general de los contratos, no podía ser inferior a 10 días, sin embargo, la aprobación final de la norma incrementó este límite a un mínimo de 15 días; ahora bien, para los contratos de obras y de prestaciones de carácter intelectual, para los que el Proyecto de la ley establecía un plazo inicial no inferior a 15 días, la norma aprobada ha incrementado hasta un mínimo de 20 días, y se ha eliminado la referencia a las prestaciones de carácter intelectual³⁵⁴.

En este aspecto, también se ha hecho una reciente modificación para aquellos contratos financiados por los Fondos de recuperación europea, es decir, los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE), ya que se dispone que *a*

³⁵¹ Artículo 36.2 Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre: “*La persona titular de la Subsecretaría del departamento ministerial o del órgano con competencias en materia de servicios comunes de los organismos públicos encargados de la gestión de proyectos financiables con fondos europeos ligados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia priorizará la digitalización y agilización de los procedimientos de contratación relacionados con la gestión de proyectos financiables con fondos europeos*”.

³⁵² Exposición de Motivos V de la LCSP.

³⁵³ Definición de la palabra “digitalizar” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

³⁵⁴ Conforme a la Disposición Adicional 12ª LCSP se entiende que los plazos establecidos por días en esta Ley se deben entender referidos a días naturales. Dado que otros plazos a los que se refiere el artículo 159 LCSP especifican que han de ser días hábiles, puede existir cierta confusión en la práctica diaria.

*todos los contratos financiados con los Fondos percibidos por el Reino de España en el marco del plan de recuperación les sea de aplicación el régimen excepcional de tramitación urgente, con la consiguiente reducción de plazos y agilización del procedimiento*³⁵⁵; ahora bien, para los supuestos referidos a la tramitación del procedimiento abierto simplificado, se mantienen los plazos previstos en la regulación ordinaria, salvo para la presentación de las proposiciones³⁵⁶, sin que ello suponga un gran aliciente para emplear este procedimiento como alternativa al contrato menor.

-Junto con ello, el criterio inicial de imprimir agilidad a este procedimiento empleando únicamente criterios objetivos, se modifica durante la tramitación parlamentaria incorporando la posibilidad de incluir criterios de valoración subjetivos. Así, se añade la posibilidad de disponer de hasta un 20% de la puntuación total empleando criterios subjetivos de manera genérica para cualquier tipo de contrato y, un 40% para aquellas prestaciones de carácter intelectual. Sin embargo, estos máximos no resultaron suficientes y en su redacción final, la ley aumentó dichos criterios subjetivos hasta el 25% y el 45% respectivamente, del total de la puntuación; derivando en la pérdida de toda posibilidad de agilidad en la valoración de las ofertas de manera automática mediante el uso de fórmulas matemáticas y empleando dispositivos informáticos; lo que, irremediablemente trae consigo la necesidad de realizar el examen detallado del contenido subjetivo de las ofertas, petición de aclaraciones en su caso, análisis de muestras si fuera necesario, y demás cuestiones propias de dicha valoración. Bien es cierto que, con estas modificaciones, se permite ampliar el marco de aplicación inicialmente contemplado para este procedimiento, sin embargo, se aleja del objetivo pretendido en el momento de su creación, ya que, recordemos, el legislador aspiraba a que este procedimiento se convirtiera en una alternativa al contrato menor y como veremos a continuación, -y el

³⁵⁵ Cuyas especialidades en materia de contratación, se regulan en el Capítulo III del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre.

³⁵⁶ Artículo 50.1.b) del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública para la ejecución del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia: “*Se mantendrán sin cambios los plazos establecidos en el artículo 159 apartados 3 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado ordinario, de conformidad con lo señalado en el apartado 5 de dicho artículo, excepto el plazo de presentación de proposiciones que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos. Asimismo, en los supuestos en que se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración*”.

propio legislador así lo aceptó al crear la alternativa del procedimiento abierto simplificado sumario- no se logró hacer de este, una alternativa realmente eficaz al contrato menor.

-En cuanto a la emisión del informe técnico de valoración, la ley concede un máximo de 7 días para su elaboración; tiempo que, en función del volumen de proposiciones presentadas y su complejidad, no siempre será suficiente³⁵⁷.

-Continúa el precepto refiriéndose a aquellos supuestos en los que la mejor oferta económica de las presentadas resulte ser anormalmente baja; en estos casos, se conceden hasta 5 días hábiles para la remisión por parte del licitador, de su justificación.

-A ello debemos añadir que, para la presentación por el licitador propuesto como adjudicatario de aquella documentación justificativa de su capacidad y solvencia para poder resultar adjudicatario del contrato, así como el plazo para constituir la correspondiente garantía, es de 7 días hábiles.

-Finalmente, con respecto a la formalización del contrato, el artículo 159 LCSP no realiza una regulación particular al respecto, sino que remite a las normas generales para todo aquello no previsto en el propio artículo referido; por lo que debemos acudir al artículo 153 LCSP, según el cual *“la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los 15 días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos”*.

Aun con todo, el apartado 4 a) del precepto, exigía a todos los licitadores que para la posible adjudicación del contrato tramitado por medio de este tipo de procedimiento

³⁵⁷ Cabe plantearse qué sucedería en el caso de que dicha valoración no se pudiera realizar dentro del plazo de 7 días estipulado y si, en caso de declararse nulo el procedimiento, procedería algún tipo de sanción, o una posible ampliación de dicho plazo. La realidad es que seguramente no existe ningún tipo de consecuencia más allá del retraso que se produciría en la adjudicación, lo que sin duda, resultaría más perjudicial para la administración contratante que para los licitadores; sin embargo, la ley no contempla las consecuencias de este incumplimiento, -aunque se debiera a causas debidamente justificadas- y, finalmente, a mayor abundamiento, tampoco se contemplan plazos reducidos frente a la posibilidad de interposición de recurso en este tipo de procedimiento, por lo que se debe acudir a la regulación ordinaria y consecuentemente, al cumplimiento de sus plazos.

figurasen inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE), o en su defecto, en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma³⁵⁸. Esta obligatoriedad -cuya entrada en vigor se pospuso a diciembre de 2018³⁵⁹ y que finalmente fue modificado a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022³⁶⁰, admitiendo la simple solicitud de inscripción en el Registro correspondientes sin que resulte necesario obtener la acreditación propiamente dicha; pudiendo dar lugar a adjudicaciones sin la pertinente comprobación de los requisitos mínimos exigidos.- provocó numerosos problemas dado el volumen de solicitudes a las que se enfrentó el mencionado ROLECE en un tiempo récord y a las cuales, no pudo dar respuesta con la inmediatez deseada por los peticionarios. Por ello, la

³⁵⁸ Artículo 159.4 a) *“Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia”*.

³⁵⁹ Según señala la Disposición transitoria tercera. Inscripción en el Registro de Licitadores en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159:

“Hasta que transcurran seis meses de la entrada en vigor de la presente Ley y resulte exigible, por tanto, la obligación establecida para el procedimiento abierto simplificado en la letra a) del apartado 4 del artículo 159, de estar inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas o registro equivalente, la acreditación de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se realizará en la forma establecida con carácter general”.

Y se refuerza en la Disposición final decimosexta. Entrada en vigor:

“La presente Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante, la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación; y los artículos 328 a 334, así como la disposición final décima, que lo harán al día siguiente de la referida publicación”.

³⁶⁰ La Disposición final 29.1 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, ha incorporado una modificación del artículo 159.4 a) LCSP, permitiendo la mera solicitud de inscripción de las empresas en el correspondiente Registro de licitadores, en los siguientes términos:

«a) Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia.

A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. La acreditación de esta circunstancia tendrá lugar mediante la aportación del acuse de recibo de la solicitud emitido por el correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación.»

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado publicó un Recomendación³⁶¹, en la que, si bien no pone en duda el carácter obligatorio de este requisito, propone que no se exija la inscripción en el ROLECE en la tramitación del procedimiento de adjudicación abierto simplificado regulado en artículo 159 LCSP debido al colapso provocado por el ingente número de solicitudes presentadas y que, a modo de ejemplo, *en los meses de julio y agosto de 2018, el de solicitudes de inscripción recibidas se multiplicó casi por diez respecto a las recibidas en iguales meses del año anterior.*

Así, bajo la premisa de la celeridad que el legislador pretende impulsar en la contratación pública con este precepto, pero sin olvidar el respeto a los principios de transparencia y concurrencia, está claro que no resulta viable el cumplimiento de la inscripción registral que se contempla en la ley si con ello, se merma la participación de aquellos que aún, habiendo hecho correctamente su solicitud de inscripción, no la han obtenido a tiempo por el colapso del registro, siendo por tanto, una cuestión totalmente ajena al empresario, comprometiendo el principio de concurrencia por esa situación coyuntural. Así, en tanto en cuanto, no se pongan al día los correspondientes registros competentes, propone que la acreditación de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se realice en la forma establecida con carácter general en la ley; lo que sin duda incide nuevamente en la desaceleración de una tramitación que si bien, aspiraba a ser un instrumento eficiente y eficaz como alternativa a las contrataciones directas, finalmente ha demostrado no serlo.

Ahora bien, esta situación no es consecuencia de la rigurosidad de las exigencias contenidas en el precepto, sino que lo que se demuestra con la vuelta a la aplicación de la acreditación de la solvencia empresarial a través de la presentación de documentación, en los casos en que no se haya podido realizar la correspondiente inscripción en el ROLECE, es la falta de previsión para dotar de medios a dicho registro cuya responsabilidad es ajena a la norma, pero que pone en evidencia la falta de coordinación entre las diferentes áreas de la propia Administración General del Estado³⁶², al exigir a los licitadores algo que ella

³⁶¹ Recomendación de 24 de septiembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

³⁶² En este sentido, cabe recordar que la duración de la tramitación parlamentaria de la LCSP fue extremadamente extensa, debido a los avatares señalados en el siguiente capítulo de este trabajo y que la

misma no permite realizar, es decir, la referida inscripción; provocando un colapso sin parangón y un descontento generalizado, tanto en los contratistas como en todos los órganos de contratación, y dejando al descubierto su torpeza en la coordinación de trabajos tan necesaria para lograr los objetivos a los que aspiraba el legislador, además de poner de manifiesto su incapacidad para aportar otra alternativa que la de volver a la situación previa; dando como solución, una respuesta poco sensata, a nuestro modo de ver, por los problemas que esto puede acarrear en cuanto a la posible falta de acreditación de solvencia de las empresas participantes; al dar por válida, la simple acreditación por parte del licitador, de haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas para poder participar en este procedimiento, como ya hemos señalado.

Otra cuestión al respecto de las inscripciones registrales de las empresas para su participación en este tipo de procedimientos fue abordada por la misma Junta Consultiva en la que se cuestionaba la validez o no de la inscripción en un Registro Provincial, en defecto de inscripción en el ROLECE o en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma de conformidad con lo establecido en el artículo 96 LCSP, exigidos en la Ley; y cuya conclusión final fue que únicamente cabe admitir como válida la inscripción en alguno de los registros contemplado en el apartado 4 del artículo 159 LCSP, y que la inscripción de una empresa en un registro de licitadores de una Diputación Provincial no es válida para proponer a dicha empresa como adjudicataria en un procedimiento de licitación³⁶³.

Para concluir este apartado, queremos señalar que, a la vista del análisis de los apartados 1 a 5 del artículo 159 LCSP y de los plazos máximos fijados en ellos para cada una de las fases del procedimiento, queda patente que la voluntad inicial del legislador de crear un procedimiento que aunara las particularidades propias del procedimiento abierto y del menor, se ha visto frustrada al incluir una serie de exigencias que hacen que este

necesidad de incorporación de personal suficiente al ROLECE, para hacer frente a las exigencias que se contemplaban en la futura norma, eran sobradamente conocidas.

³⁶³ Informe 13/20, de 24 de mayo de 2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre la validez de la inscripción en un Registro Provincial en el procedimiento abierto simplificado.

procedimiento no cumpla la finalidad con la que fue inicialmente creado, puesto que el plazo máximo de un mes que el legislador indica para su tramitación no se ajusta a la realidad³⁶⁴.

Por ello y, a modo ejemplarizante, hemos querido realizar una tabla en la que se muestra -atendiendo a los plazos máximos establecidos en la norma desde la fase de publicación de la licitación hasta su formalización, y sin entrar a hacer referencia al tiempo correspondiente a la preparación de la tramitación propia de cualquier expediente, y que supondría un evidente incremento de los mismos- que claramente se superan los treinta días en los que la norma aspiraba a formalizar un contrato abierto simplificado³⁶⁵

³⁶⁴ Nos planteamos ahora, como ejemplo, un posible supuesto para comprobar si resultaría posible su adjudicación en el plazo máximo de un mes -30 días naturales-, tiempo que el legislador contempla para este procedimiento:

-Partimos de la necesidad de una administración de licitar un contrato de servicios cuya prestación implique carácter intelectual con unos porcentajes del 60%-40%, criterios objetivos-criterios subjetivos; empleando el procedimiento abierto simplificado.

Empleando siempre los plazos mínimos permitidos en el precepto, presuponemos un plazo para la presentación de ofertas de 15 días naturales.

Suponemos también que es posible convocar la Mesa de Contratación con la máxima premura, esto es, al día siguiente de la finalización del plazo para presentar propuestas, y que el técnico que ha de valorar las ofertas presentadas reduce en dos, el plazo de 7 días naturales que le concede la ley para la emisión del informe correspondiente, esto es, por tanto, 5 días naturales.

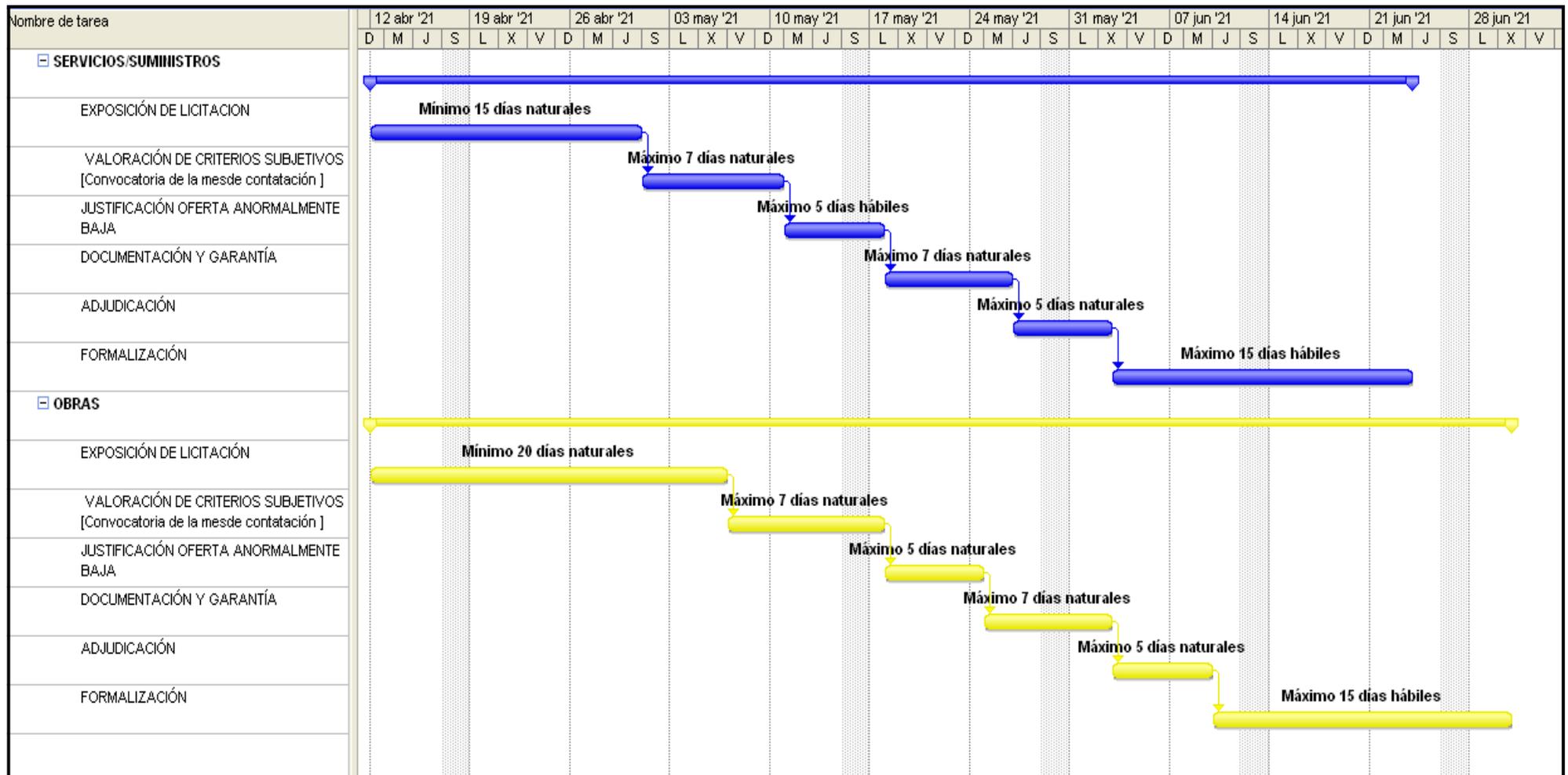
En el caso de que el licitador mejor puntuado presentase una oferta económica anormalmente baja, sería necesario concederle 5 días hábiles para que justifique su proposición.

Para no ponernos en un contexto que obligara a demorar más el procedimiento, entenderemos que su justificación es correcta y por tanto aceptada. Ahora, el licitador dispondría de 7 días hábiles para constituir la garantía definitiva y aportar la documentación justificativa de su capacidad y solvencia.

Finalmente, disponemos de 5 días naturales para la adjudicación y de otros 15 días hábiles para la formalización del contrato.

Como resultado, la suma de los días necesarios para cumplir con todos los requisitos del procedimiento, supera ampliamente el mes -30 días naturales, que el legislador afirma que son suficientes para poder adjudicar el contrato empleando el procedimiento abierto simplificado- desde la publicación de la licitación; entendiendo, además, que no se han computado en este supuesto los plazos previos a la licitación, necesarios para la preparación del expediente.

³⁶⁵ Tabla de elaboración propia basada en los tiempos señalados en la LCSP para este procedimiento con la finalidad de mostrar cual es el tiempo real desde el inicio del procedimiento hasta su adjudicación y, por lo tanto, posible puesta en marcha.



Vista la redacción del precepto, parece haberse olvidado el legislador, de reducir los plazos de la fase previa de preparación de los procedimientos de contratación³⁶⁶ -puesto que no hay ninguna referencia a ellos- hasta llegar a la fase de licitación propiamente dicha; remitiendo por tanto, -en ausencia de regulación- a las normas generales en aquello que no contempla de forma expresa y siendo necesario elaborar el expediente con todo el contenido exigido para el procedimiento abierto ordinario; cuestión que supone un retraso significativo para la elaboración de un expediente del que se presuponía su agilidad inicialmente; cuestión esta que, al contrario de lo que ocurre en los contratos de adjudicación directa, para la mayoría de los órganos de contratación, supone la razón principal para emplear el contrato menor ya que, no es la fase de exposición de la licitación la que puede retrasar más o menos las adjudicaciones -que también-, sino que la razón de emplear el procedimiento menor, recae principalmente, en la posibilidad de evitar el gran volumen de trámites previos requeridos y el retraso que ello puede ocasionar; ya que, a buen seguro que, si sólo se acudiera a este procedimiento para evitar los plazos de exposición, sin duda, no se abusaría tanto de ellos.

Para finalizar, señalar que tras el análisis de esta nueva figura, se puede concluir que aunque el procedimiento abierto simplificado en su origen aspiraba a ser una verdadera alternativa al contrato menor; la sencillez y agilidad de la que presume no es tal, dado que las modificaciones a las que se ha visto sometido durante la tramitación parlamentaria ha llevado a incluir exigencias como la posibilidad de criterios de adjudicación subjetivos, el aumento de los plazos mínimos para presentar ofertas, la obligación de constituir mesa de contratación o el reconocimiento de proposiciones económicas anormalmente bajas, entre otras, que han hecho que la agilidad que preveía el legislador, se haya quedado sólo en un buen intento finalmente frustrado.

Por todo ello, aunque no podemos negar que en este nuevo procedimiento se han reducido los plazos con respecto a los establecidos para el procedimiento abierto ordinario; sin embargo, estos no resultan tan significativos como para poder concebir esta nueva figura como un procedimiento verdaderamente ágil ni simplificado más allá de la

³⁶⁶ Actuaciones que vienen recogidas en la Sección 1ª, Capítulo I, Título I del Libro II de la LCSP, en particular a lo que aquí se refiere, en los artículos 116 y 117, referidos al expediente de contratación: iniciación y contenido y a la aprobación del mismo.

mera incorporación del calificativo en su denominación y, por tanto, imposible de reemplazar a las facultades que se le concede al contrato menor. Al mismo tiempo, las cuantías sobre las que se puede aplicar se han visto incrementadas considerablemente como hemos señalado³⁶⁷, y por lo tanto se alejan aún más de la posibilidad de ser competitivo en cuanto a cubrir aquellas compras de cuantías poco significativas³⁶⁸ que requieren una tramitación sencilla y con un resultado casi inmediato.

Es por ello, que esta apuesta no ha obtenido los resultados esperados, ya que desde la entrada en vigor de la LCSP17 y hasta el momento presente, el tiempo ha demostrado que no resulta ser la figura más empleada entre las nuevas alternativas que ofrece la ley, decayendo el uso de esta figura en favor del procedimiento abierto simplificado sumario, puesto que, como veremos, sí ofrece reducciones reales en los plazos de la tramitación del procedimiento y por tanto, permite a los órganos de contratación, plantearse la posibilidad de reemplazar en muchas ocasiones el contrato menor.

2.2.2. El Procedimiento Abierto Simplificado Sumario

El procedimiento abierto simplificado sumario, surge como hemos dicho, tras las modificaciones llevadas a cabo en el procedimiento abierto simplificado que redujeron ampliamente las aspiraciones de agilidad procedimental depositadas en él; por ello, para paliar sus deficiencias nace este procedimiento abierto especialmente reducido que, ahora sí, puede competir con el contrato menor³⁶⁹.

³⁶⁷ Por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2020 y su posterior corrección de errores de 20 de abril de 2021. Vid. nota 349.

³⁶⁸ Como ya hemos dicho en anteriores ocasiones, aún siendo conscientes de que cualquier gasto público no es insignificante por pequeño que este sea, pero no se trata, como hemos visto, en la LCSP de la misma manera, procedimentalmente hablando, un gasto de 10.000 euros que de 1 millón de euros.

³⁶⁹ Moreno Molina, J.A., “*La LCSP 2017, de forma acertada, ha eliminado esta posibilidad de acudir al negociado por razón de la cuantía, y aunque mantiene la opción de utilizar los contratos menores, en el nuevo diseño de la arquitectura de los procedimientos de adjudicación de los contratos, e incluso tras la discutible reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2020, éstos han pasado a desarrollar una función residual en detrimento del procedimiento abierto simplificado sumario—conocido también como supersimplificado o SUSI— y regulado en el apartado 6 del art. 159*”. “Compras de menor cuantía y sistemas dinámicos de adquisición”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos*, nº II, mayo 2020, p. 94.

Se crea esta nueva figura durante la fase de tramitación parlamentaria de la ley³⁷⁰ -a la vista de las modificaciones implantadas en el procedimiento abierto simplificado que limitaban su finalidad original como un procedimiento de sencilla y expedita aplicación- con la pretensión de aunar definitivamente, tanto la agilidad y la simplicidad de

³⁷⁰ A través de la enmienda de adición núm. 125 al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea, se proponía añadir el apartado 6º del entonces artículo 157 del Proyecto de Ley, cuya redacción era la siguiente:

«6. Si el valor estimado del contrato de obras es inferior a 80.000 euros y de suministros y de servicios a 35.000 euros, excepto los de carácter intelectual en los que no será de aplicación este apartado, el procedimiento abierto simplificado podrá seguir la siguiente tramitación:

a) El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a 4 días hábiles a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio en el perfil de contratante.

b) Se exime la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica y profesional.

c) La oferta se entregará en un único sobre o fichero electrónico y tendrá carácter global respondiendo al conjunto de criterios de adjudicación.

d) La valoración de la oferta se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivo informático o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación. Se garantizará mediante dispositivo informático que la apertura de las ofertas no se realiza hasta la finalización del plazo de presentación de proposiciones por lo que no se celebra acto público de apertura de las mismas.

e) Las ofertas presentadas y la documentación de valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento que se notifique la adjudicación del contrato.

f) No se requiere constitución de garantía definitiva.

f) La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

En todo lo no previsto en este apartado se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado prevista en este artículo.»

Y, justificaban tal enmienda en que el procedimiento abierto simplificado ‘general’ del artículo 157 continúa siendo muy procedimentalista y muy lento, así como en la necesidad de prever un procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad con respeto a la publicidad y la concurrencia abiertas; con el objeto de dinamizar la compra pública local y favorecer a las PYMEs y micro PYMEs a ser adjudicatarias de los contratos públicos permitiendo una concurrencia dinámica y una rotación en los contratos que hoy se vehiculan mediante contrato menor.

tramitación, como la publicidad y la transparencia demandadas desde todos los ámbitos implicados en la contratación pública.

Vista la realidad de los plazos en el procedimiento abierto simplificado, su versión sumaria resulta mucho más apropiada para conseguir un procedimiento verdaderamente sencillo, y que simultáneamente responda al sometimiento a los principios generales de la contratación; compartiendo además algunas características con el contrato menor³⁷¹, y lograr así la prontitud en el resultado, al que tanto se ha aspirado en la contratación pública. Además, este procedimiento contempla una reducción significativa de los límites económicos máximos con respecto al procedimiento del que deriva, ya que, a pesar de la modificación al alza llevada a cabo con posterioridad a su aprobación³⁷², continúa muy distante con respecto a las cuantías de su hermano mayor y también, ahora más que nunca, con respecto a un posible acercamiento a las cuantías del menor.

La tramitación de este procedimiento se puede concretar en las siguientes especialidades:

-Respecto al plazo de presentación de las proposiciones, éste, no será inferior a 10 días hábiles, o 5 días hábiles en el caso de compras corrientes³⁷³.

-En este caso sí se ha respetado la regla inicial pretendida por el legislador respecto de la adjudicación únicamente mediante criterios cuantificables a través de fórmulas

³⁷¹ En el procedimiento abierto simplificado sumario, al igual que en el contrato menor, no es necesario prestar garantía definitiva por parte del adjudicatario, ni formalizar la adjudicación, ni constituir mesa para valorar las ofertas presentadas, lo que permite que ambos procedimientos resulten significativamente ágiles.

³⁷² Artículo 159.6 LCSP: “*En contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 60.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual a los que no será de aplicación este apartado...*”. Redacción tras la modificación introducida por la Disposición final 40.3 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2021, incrementando el valor estimado en los contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros en la redacción anterior hasta los 60.000 euros de la actual.

³⁷³ El artículo 50.1 c) del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública para la ejecución del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, ha introducido una modificación en cuanto a los plazos de la tramitación de este procedimiento en los casos propios de la norma, reduciendo la presentación de proposiciones del mínimo de diez días hábiles contemplados en la LCSP a un máximo de ocho días naturales y, en el caso de compras corrientes, este plazo se reduce de cinco días hábiles a cinco días naturales.

matemáticas, y evaluables por dispositivos informáticos; evitando así los plazos de valoración de proposiciones de carácter subjetivo y sus posibles recursos.

-Tampoco resulta necesario constituir Mesa de Contratación, ni celebrar acto público para la apertura de las proposiciones, ya que toda la información será accesible a través de medios informáticos.

-Además, al igual que en los contratos menores, no será necesario que el adjudicatario constituya garantía definitiva ni acredite solvencia económica y financiera ni técnica o profesional³⁷⁴; y, con respecto a la formalización del contrato, se entenderá ésta efectuada con la mera firma de aceptación de la resolución de adjudicación por parte del contratista, eliminando así el plazo permitido de hasta 15 días hábiles del artículo 153 LCSP.

Visto lo cual, el plazo medio aproximado para la adjudicación de un contrato tramitado a través del procedimiento abierto simplificado sumario podría ser de 11 días hábiles, dando cumplimiento a todos los requisitos establecidos en el artículo 159.6 LCSP, por lo que ciertamente, este sí resulta ser un mecanismo muy ágil de adjudicación de contratos, al mismo tiempo que logra favorecer el fomento de la participación de los posibles interesados al darle la publicidad requerida a las contrataciones y la transparencia demandada a los órganos contratantes; y que, podría competir -aunque ciertamente no resultaría vencedor en cuanto a su celeridad- con el contrato menor.

Y ello es así porque debemos tener presente que, estos plazos indicados en la norma se marcan en el periodo comprendido desde el momento de la licitación y hasta la adjudicación del contrato, y que, para llegar a ese punto inicial, es necesario haber realizado los actos previos destinados a la preparación de la licitación, respecto a los que, al igual que en el procedimiento abierto simplificado, el legislador también ha omitido una posible reducción o simplificación de estos. Esta cuestión, es decir, la posibilidad de una reducción en los trámites previos necesarios del expediente, permitiría sin duda hacer a este procedimiento más atractivo para los órganos de contratación. Por tanto, *de lege*

³⁷⁴ Pues bien, dado que los licitadores son eximidos por el precepto, de cualquier justificación que demuestre su solvencia, se ha interpretado que se debe exigir su inscripción en el ROLECE, de la misma manera que se contempla para el procedimiento abierto simplificado. Nos remitimos en este punto a lo señalado al respecto en el apartado anterior.

ferenda resultaría necesaria la redacción de una tramitación para el despacho acelerado del expediente más allá de la fase de licitación y adjudicación o, al menos, si no se contemplara la posibilidad de redactar una regulación propia en este punto, sí al menos, establecer que la tramitación previa en este tipo de procedimientos se equipare a la tramitación del expediente contemplada para los supuestos de urgencia³⁷⁵.

Como apunte final, entendemos que este tipo de procedimiento, sin duda resultaría una gran alternativa a emplear por parte de aquellos entes del sector público cuyo presupuesto no es de gran calado y que optan en numerosas ocasiones por acudir a la contratación menor. Así, en base a esta opinión, entendemos que resulta adecuado proponer al legislador, que el procedimiento abierto simplificado sumario sea el empleado con carácter general por estos entes, puesto que así, con un procedimiento de contratación cuyos plazos son significativamente reducidos con respecto a un procedimiento abierto ordinario y, con unas cuantías también, inferiores a las contempladas para éstos, se logre cumplir con la obligación del respeto a los principios generales de la contratación pública; y que, puede enlazarse con la propuesta ya planteada en este trabajo, con respecto al establecimiento de unos límites económicos para la aplicación del contrato menor en función del presupuesto del poder adjudicador.

³⁷⁵ El artículo 199 LCSP, regula la tramitación urgente del expediente en el que se contempla un despacho preferente por los distintos órganos que participan en ella y les concede cinco días -diez si el expediente es especialmente complejo- para emitir los informes y realizar el resto de los trámites necesarios previos a la licitación.

CAPITULO III

ELABORACIÓN Y DESARROLLO DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO MENOR EN LA LEY DE 2017

3.1. ANTECEDENTES

Sin duda, la gran novedad que ha introducido la Ley 9/2017, de 8 de noviembre -en adelante LCSP- y que ha supuesto una auténtica revolución en la actividad contractual, ha sido la profunda modificación llevada a cabo en el expediente del contrato menor³⁷⁶.

Antes de su entrada en vigor, el proyecto de la ley mantenía la tónica de las regulaciones precedentes, limitándose a indicar las cuantías máximas para este tipo de procedimiento, la imposibilidad de ser prorrogado ni de superar un año de duración y, a exigir, poco más que la existencia de una escueta documentación en el expediente. Es por eso por lo que, antes de los cambios introducidos en la fase de enmiendas parlamentarias a nuestra última ley de contratos, nada apuntaba a que esta figura fuera a sufrir un cambio tan sustancial.

Desde entonces, se ha escrito mucho al respecto de las nuevas obligaciones impuestas para llevar a buen término un procedimiento menor acorde con el actual artículo 118 LCSP y más aún se ha escrito sobre las controversias que se produjeron como consecuencia de las importantes lagunas que dicha regulación traía consigo en su redacción inicial. Hasta tal punto ha llegado la elaboración doctrinal que, al respecto, se emitieron hasta diez pronunciamientos por parte de otras tantas Juntas Consultivas de Contratación del país, sin que en ningún momento se produjera una interpretación unánime o se ofreciera una aclaración por parte del legislador; dejando en manos de los gestores de la contratación pública una gran incertidumbre respecto al modo de realizar una correcta aplicación de dicho precepto, hasta que finalmente, la solución del legislador ha sido la eliminación radical de parte del precepto objeto de controversia como única solución y cuyo alcance examinaremos en este trabajo.

³⁷⁶ Sin duda, el volumen de publicaciones surgidas tras la aprobación de la LCSP al respecto de los cambios introducidos en esta figura contractual, así como las sucesivas consultas a los diferentes Tribunales Administrativos Contractuales para resolver las dudas surgidas tras su entrada en vigor, son muestra del gran interés que esta nueva regulación ha suscitado. Y muestra de ello es también, el trabajo que aquí presentamos.

Pero, previamente al exhaustivo análisis del expediente de contratación menor, queremos analizar cuál ha sido el desarrollo de este precepto desde el Anteproyecto de Ley de 2015, hasta su aprobación parlamentaria; cuales han sido los cambios que han afectado de manera más trascendental a esta figura, desde un punto de vista eminentemente práctico, y cuáles han sido las medidas tomadas para su adaptación a la realidad diaria de los gestores de la contratación pública.

3.2. EVOLUCIÓN Y ALCANCE DE LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR

Antes de ahondar en las novedades introducidas por la vigente Ley de Contratos en lo que a la figura del contrato menor se refiere, resulta necesario analizar cuáles son las razones que han propugnado dichos cambios, cómo se desarrolló su farragosa tramitación parlamentaria y cuál ha sido su alcance.

Por lo que se refiere al largo camino recorrido hasta la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, el 8 de noviembre de 2017; el anteproyecto de dicha ley fue aprobado en Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015, durante la X legislatura constitucional. Pocos meses después, serían convocadas elecciones a Cortes Generales, por lo que la tramitación parlamentaria de esta y de las demás normas que en ese momento se encontraban en la fase de trabajos previos, quedó paralizada hasta el inicio de la XI Legislatura³⁷⁷. Sin embargo, ante la imposibilidad de constituir gobierno por parte de ninguno de los candidatos a la presidencia del mismo, se llevó a cabo una nueva paralización de la actividad legislativa y, hasta el 25 de noviembre de 2016 -tras unas nuevas elecciones y casi un año y medio después de la aprobación del anteproyecto de ley- el Proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público sería remitido a las Cortes

³⁷⁷ La paralización de los trabajos se produjo desde el 13 de enero de 2016 -fecha en que se disuelven las Cámaras y se convocan nuevas elecciones a Cortes Generales por Real Decreto 84/2016, de 3 de mayo de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones- hasta el 3 de mayo de 2016, tal y como indicaba el propio Dictamen del Consejo de Estado, aprobado el 10 de marzo de 2016:

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, por mayoría, es de dictamen:

"Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales formuladas en el cuerpo de este dictamen, consideradas las restantes y tras constituirse el Gobierno después de las elecciones generales celebradas, podrá elevarse al Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley sometido a consulta para su aprobación y su posterior remisión, como proyecto de ley, a las Cortes Generales."

Generales y aprobado el 2 de diciembre de 2016³⁷⁸, comenzando así un nuevo periplo en el que se presentaron más de un millar de enmiendas a la norma hasta su aprobación definitiva³⁷⁹; en la que se ha querido ver que se trataba de una norma de consenso³⁸⁰ a la luz del elevado número de enmiendas admitidas e incorporadas a la misma³⁸¹.

3.2.1. La gestión de la regulación actual del contrato menor

Por lo que se refiere al contenido dispuesto en el Anteproyecto y en el Proyecto de la ley de contratos del sector público presentados ante las Cortes Generales, nada hacía suponer que la evolución de la figura del contrato menor desembocaría en la redacción aprobada en el texto final. Y es que, el grueso de las modificaciones se fraguó durante la tramitación parlamentaria, durante la fase de enmiendas, en la que, todos los partidos políticos, tanto en el Congreso como en el Senado, buscaban imponer una mayor rigurosidad a esta figura, con la finalidad de limitar la facilidad de su uso y con ello, los excesos provocados por quienes así la pudieran emplear. Como ya hemos señalado en otro apartado de este estudio, en el texto normativo remitido a Cortes existen hasta un total de quince referencias que se ocupan de la regulación de la figura del contrato menor; bien en forma de artículo o bien, en forma de disposición. Sin embargo, no todas ellas

³⁷⁸ Proyecto de Ley 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. (121/000002) Presentado el 25/11/2016, calificado el 29/11/2016. BOCG Núm. 2-1. Serie A: Proyectos de Ley de 2 de diciembre de 2016.

³⁷⁹ Al respecto de los aspectos más significativos de este Proyecto de ley, se han pronunciado autores como Gimeno Feliú, J.M., en “Una primera valoración del Proyecto de ley de contratos del Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción”, ambos publicados en el Observatorio de Contratación Pública. Blanco López, F., en “Enmienda a la totalidad y devolución del proyecto de ley de contratos del sector público” o González García, J. “Proyecto de nueva Ley de Contratos: aspectos a rectificar”.

³⁸⁰ Como se reflejó en las declaraciones de los congresistas y nos recuerda González García, J.V. en “La tramitación parlamentaria de la Ley de contratos del sector público”, al señalar que *la votación final de la Comisión en el Congreso se produjo el 27 de julio de 2017 con 20 votos a favor (Partido Popular, Ciudadanos, Esquerra Republicana, y PDCat), ninguno en contra, y 17 abstenciones (PSOE y Podemos)*. Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2018, pp. 45-58.

³⁸¹ En la tramitación en el Congreso de los Diputados se presentaron 1080 enmiendas de las que 975 se transaccionaron o se incorporaron al texto de la norma, por su parte, en la tramitación en el Senado se presentaron 255 enmiendas.

fueron enmendadas o siéndolo, no en cuanto a cuestiones que alcanzan al procedimiento objeto de nuestro trabajo, por lo que, a continuación, pasamos a analizar aquellas de entre las cuales, su planteamiento resulta relevante para el estudio que nos ocupa.

3.2.1.1. Enmiendas en el Congreso de los Diputados³⁸²

1. Por lo que se refiere a las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados a la figura del contrato menor, no será hasta el artículo 29 del proyecto de ley, en concreto, en su apartado 8, donde nos encontremos la primera de ellas. Este apartado del precepto hacía referencia expresa a esta figura al indicar los plazos máximos de duración del mismo señalando que *los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga*; si bien, a pesar de que dicho artículo fue objeto de varias enmiendas durante su tramitación parlamentaria en otras cuestiones ajenas a la figura que nos ocupa, -en concreto, su apartado 4 respecto a los contratos de servicios y suministros de prestación- sin embargo, el apartado 8, recibió tan sólo una enmienda propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, consistente en la modificación de dicho apartado tras la enmienda de adición de un nuevo apartado 8 referida a la duración de los contratos mixtos³⁸³, que, finalmente no resultó aceptada.
2. A continuación, será el Capítulo III dentro del título I y del libro I referido a la *configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos*, donde encontraremos las siguientes -aunque

³⁸² Enmiendas presentadas al expediente 121/000002: Proyecto de Ley 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. BOCCGG núm. A-2-2, de 16 de marzo de 2017.

³⁸³ Así, la propuesta de adición de un nuevo apartado 7 (pasando el 7 actual a ser el 8) en los siguientes términos: «7. *La duración de los contratos mixtos vendrá determinada por la naturaleza de la prestación principal salvo que fuese necesario un plazo mayor por razones excepcionales como son, la adecuada amortización de inversiones, para que el adjudicatario recupere las inversiones realizadas para la exportación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos, entre otras. La ampliación del plazo deberá estar convenientemente justificada en el expediente.*»; trajo consigo la modificación del articulado denominando el apartado 8 actual como el apartado 9 (nuevo). Enmiendas núm. 474 y 475 respectivamente.

someras- referencias a esta figura, las cuales se ocupan de la perfección y forma de los contratos³⁸⁴.

Al respecto se presentó una enmienda de modificación por parte del Grupo Parlamentario Socialista -que no fue aceptada- en la que se proponía una nueva redacción del apartado primero del artículo 36 equiparando la formalización de todos los contratos y eliminando, con ello, la referencia a los contratos menores y, por tanto, esta característica propia de su idiosincrasia³⁸⁵.

3. Por su parte, el artículo 63, apartado 4 que se ocupa de la regulación de la publicación de la información relativa a los contratos menores adjudicados, así como de una excepción a dicha publicidad en aquellos casos en los que se lleven a cabo contratos cuyo valor estimado sea inferior a 5.000 € y el sistema de pago de estos sea de anticipo de caja fija o similar; fue objeto de tres interesantes enmiendas:

-La primera de ellas, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea aporta interesantes novedades; en primer lugar, propone la sustitución de la publicación facultativa de los contratos menores por la obligación de que estos sean publicados. Dicha enmienda³⁸⁶ fue aprobada y dio lugar a la

³⁸⁴ Artículo 36.1 LCSP: “Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización”; y Artículo 37.2: “Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118”.

³⁸⁵ Enmienda 489 de modificación al artículo 36: «1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización.» Cuya motivación se establecía en una mejora técnica, en defensa de la transparencia.

³⁸⁶ Enmienda núm. 54. De modificación.

Se modifica el apartado 4 del artículo 63, que queda redactado de la siguiente forma: «4. La publicación de la información relativa a los contratos menores se realizará, al menos, trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto detallado, la duración, el importe de adjudicación y, si lo hubiera, el de licitación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, la identidad del

modificación de la palabra “*podrá*” por la palabra “*deberá*” en la redacción final del precepto, cambiando absolutamente el sentido de dicho precepto y, por tanto, el peso de las obligaciones establecidas.

Así mismo, propone -aunque finalmente no se aceptó- la eliminación íntegra del párrafo segundo que en el proyecto propone no publicar los anticipos de caja fija de importe inferior a 5.000 euros al entender que *el derecho a la información no debe tener límites que no estén justificados por un valor constitucional que deba limitarlo* y, en que *los anticipos de caja fija están siendo utilizados para el pago corrupto, fraudulento o ilegal de conceptos no contractuales*.

Lo que sin duda creemos que resulta novedoso en esta enmienda -que no será la única en este sentido como veremos a continuación- es que, en cuanto a la manera y a la información a publicar de los contratos, incorpora, a la redacción inicial, la obligación de detallar si lo hubiera, *el importe de licitación*; cuestión de suma importancia, puesto que viene así a abalar lo que ya se venía haciendo desde diferentes administraciones al contemplar la posible licitación de los contratos menores; y ello a pesar de que finalmente, no se incorporó a la redacción final del precepto. Y de nuevo, vuelve a reiterar la idea de la posibilidad de licitar los contratos menores, al señalar que se deberá publicar la identidad del adjudicatario y *del resto de participantes*.

-La segunda enmienda al apartado 4 de este precepto, sería del Grupo Parlamentario Ciudadanos³⁸⁷ que, en el mismo sentido que la anterior, señala que la información relativa

adjudicatario y del resto de participantes, así como las razones que llevan a elegir su oferta frente a las competidoras.»

³⁸⁷ Enmienda núm. 340. De modificación.

Texto que se propone:

*«4. La publicación de la información relativa a los contratos menores se realizará, como mínimo, trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto detallado, la duración, el importe de **adjudicación y, si lo hubiera, el de licitación**, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, la identidad del adjudicatario y del resto de participantes, así como las razones que hubiesen motivado la elección de la oferta adjudicada frente a las restantes que se hubiesen presentado.»*

Texto que se sustituye:

«4. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de

a los contratos menores deberá ser obligatoria y también este grupo parlamentario hace referencia a que se deberá publicar tanto *el importe de adjudicación como el de licitación si lo hubiera y la identidad del adjudicatario y del resto de participantes*; planteando por tanto, que si existe la posibilidad de que existan varios participantes, esto es porque asumen la idea de una licitación en los contratos menores; a pesar de que en ninguna de sus enmiendas incorporen una regulación al respecto.

-Finalmente, el Grupo Parlamentario Socialista propone, al igual que en las dos enmiendas referidas, la obligatoriedad en la publicación de los contratos menores entendiendo que, dado que la figura del contrato menor es susceptible de ser utilizada para eludir el cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad en la contratación pública, es necesario dotarla de mayores garantías para asegurar la limpieza y la objetividad en su utilización³⁸⁸.

4. Como no podía ser de otra manera, el artículo 118 del proyecto y actualmente de la LCSP; como precepto principal en la regulación del contrato menor, fue el que más enmiendas recibió durante la tramitación parlamentaria de la ley, tanto por las cuantías, como el ámbito objetivo de aplicación -servicios, suministros y obras- o por el control que del mismo se ha querido imponer, estableciendo limitaciones a los poderes adjudicadores en cuanto a la reiteración de contratos con el mismo empresario y que tantas interpretaciones ha provocado hasta su eliminación del precepto.

adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.»

³⁸⁸ Enmienda núm. 507. De modificación.

Se propone modificar el apartado 1 del artículo 36 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, con la siguiente redacción:

«4. La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.»

Las enmiendas recibidas fueron las siguientes:

-La enmienda núm. 102, del G.P. Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea³⁸⁹, propone la reducción del valor estimado de los contratos menores sustancialmente, especialmente, en los contratos de servicios y suministros lo limita a 5.000 €³⁹⁰ y añade un segundo párrafo en el que se señala que su *uso tendrá un carácter excepcional y se aplicará solamente para necesidades puntuales y esporádicas; además de la necesidad de exigir la aprobación previa a la ejecución del contrato.*

Como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 102, la Ponencia, elaboró en su informe un nuevo texto del precepto, que fue aprobado por la cámara legislativa, y que modificó la redacción inicial del artículo 118.1, párrafo primero, reduciendo el umbral por debajo del cual los contratos son considerados como menores, aceptando la propuesta para los contratos de obras, esto es, valor estimado inferior a 30.000 €, pero sin aceptar la propuesta de 5.000 € para los contratos de servicios y suministros, y se limitó a establecer para estos, un valor estimado inferior a 15.000 €.

³⁸⁹ Enmienda núm. 102. De modificación.

Se modifica el apartado 1 del artículo 118 que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

- 1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 30.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 5.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.
En los contratos menores, cuyo uso tendrá un carácter excepcional y se aplicará solamente para necesidades puntuales y esporádicas la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan. Dicha aprobación deberá ser siempre previa a la ejecución del contrato.»*

³⁹⁰ Justificado sobre la premisa de que, avalado por las sugerencias de numerosos organismos internacionales y como viene sucediendo en muchas administraciones, es necesario reducir el umbral por debajo del cual los contratos son considerados como menores y están exentos de seguir procesos de concurrencia competitiva para favorecer a las PYMEs y transparentar más los procedimientos administrativos. Sin embargo, debemos señalar que en otros países los límites de las adjudicaciones directas están por encima de los límites que contempla nuestra norma nacional.

-Por su parte, el resto de las enmiendas presentadas a este precepto, fueron planteadas por el Grupo Parlamentario Socialista; así, la enmienda núm. 580, propone la inclusión de los contratos de gestión de servicios públicos en el ámbito de aplicación de los contratos menores que, finalmente, no fue admitida³⁹¹.

- Fruto de la enmienda 581³⁹², que proponía la incorporación de un informe del órgano competente para la proponer la contratación en el que se recogiera la perentoriedad de la contratación y la imposibilidad de acudir al procedimiento simplificado, se añadió al párrafo segundo del apartado primero un nuevo requisito del expediente de contratación

³⁹¹ Enmienda núm. 580. De modificación.

Se propone la modificación del artículo 118, que quedará con la siguiente redacción:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

*Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de **gestión de servicios públicos**, suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal. En los contratos menores la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.*

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 233 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.»

³⁹² Enmienda núm. 581. De modificación.

Se propone la siguiente redacción de modificación al apartado 1 del artículo 118 dentro del Proyecto de Ley 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:

«1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano encargado competente para la proponer la contratación en el que se recoja la perentoriedad de la contratación y la imposibilidad de acudir al procedimiento simplificado. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.»

menor, consistente en la necesidad de incorporar el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato.

-Posteriormente, la enmienda núm. 582, propone la incorporación de un apartado 1 bis nuevo que no fue admitida, en el que se señalaba que, *con la periodicidad que se determine reglamentariamente, los contratos menores celebrados serán sometidos al control “a posteriori” de los órganos de fiscalización.*

-Por su parte, la enmienda núm. 583, dio lugar a un apartado 3 del precepto definitivo al señalar que *en el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad, lo que comprobará el responsable del contrato;* y que como veremos más adelante, desapareció del precepto en la modificación aprobada por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

-La enmienda núm. 584, que proponía incorporar la siguiente redacción: «4. Los contratos menores no podrán suponer la contratación de personal por parte de los poderes adjudicadores», no fue admitida.

-Finalmente, de la conjunción de las enmiendas núm. 585³⁹³ y núm. 507³⁹⁴, de este grupo parlamentario, se incorporó un nuevo apartado 4 al precepto, referido a la obligación de la publicación de los contratos menores.

³⁹³ Enmienda núm. 585. De adición.

Se propone la siguiente redacción que añade un apartado 5 (nuevo):

«5. En los contratos menores deberá publicarse en las Plataformas de contratos en donde se publiquen las licitaciones, en el plazo de un mes desde su firma, sus aspectos esenciales, esto es, el contratista, objeto, plazo de ejecución y precio.»

³⁹⁴ Que, como hemos señalado anteriormente se refería a una modificación del artículo 63.4 del proyecto de ley.

5. Por su parte, y como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 110 del GP Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea al artículo 131.2³⁹⁵ se aprobó un nuevo apartado 3 de dicho precepto con la siguiente redacción: *“Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118”*.

6. Por lo que se refiere al apartado tercero de la Disposición Adicional 3ª de la LCSP, éste fue objeto de presentación de dos enmiendas, la núm. 417 por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos y la núm. 952 por parte del Grupo Parlamentario Mixto; ambas con la misma finalidad, esta es, la incorporación de un párrafo al respecto de las tareas de fiscalización del órgano interventor de las Entidades Locales en los contratos de adjudicación directa señalando por igual que esta se extenderá también *a los expedientes administrativos relativos a la ejecución directa de prestaciones propias de contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, a través de medios propios, con personificación propia o no*. Ambas fueron rechazadas.

Además del conjunto de enmiendas anteriormente comentadas, fueron presentadas otras enmiendas referidas a disposiciones que afectan a la contratación menor, sin

³⁹⁵ Enmienda núm. 110. De modificación.

Se modifica el apartado 2 del artículo 131 que queda con la siguiente redacción:

«2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

En los supuestos del artículo 166 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 165 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación y en los indicados en el artículo 175 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.»

embargo, entendemos que no resultaron de calado para el presente estudio³⁹⁶ por lo que no nos detenemos a profundizar en su análisis, pasando a continuación al estudio de las propuestas presentadas ante el Senado.

3.2.1.2. Enmiendas en el Senado

1. En cuanto a la presentación de enmiendas al proyecto de ley en el Senado, fue de nuevo el precepto 118, como no podía haber de otra manera, el más enmendado en sede parlamentaria de cuantos se ocupan de la contratación menor. Así, fueron cinco las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios en el Senado y que pasamos a analizar a continuación.

-El Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea reitera en la enmienda núm. 34³⁹⁷, lo que ya había planteado en el Congreso, esto es, la reducción del límite del valor estimado de los contratos que pueden celebrarse mediante el procedimiento de contratación menor, reiterando también, como causa de justificación, que se trata de una cantidad *importante* y que *deben ser objeto de apertura a la concurrencia para favorecer a las PYMEs y transparentar más los procedimientos administrativos*; y cuya propuesta, nuevamente, al igual que la formulada ante el Congreso, fue rechazada.

³⁹⁶ Así, la enmienda núm. 195 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea al apartado primero de la Disposición Adicional 9ª de la LCSP que se ocupa de la adjudicación de las suscripciones a revistas y otras publicaciones aplicando el procedimiento menor, siempre que su cuantía no tenga el carácter de sujetos a regulación armonizada; planteaba la sustitución de esta redacción por la de *aplicación de los procedimientos de adjudicación establecidos en esta Ley*; eliminando así la referencia a la adjudicación conforme a las normas del contrato menor.

³⁹⁷ Enmienda núm. 34 (Senado). De modificación.

Se modifica el primer párrafo del apartado 1 del artículo 118 que queda con la siguiente redacción: «Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 30.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 5.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.»

-La segunda enmienda de este Grupo Parlamentario en el Senado al artículo 118 del proyecto de la ley, es la enmienda núm. 35³⁹⁸ que plantea la obligación de exigir la aprobación previa a la ejecución del contrato menor al entender que *es necesaria la aprobación del gasto se produzca de manera previa a la ejecución del contrato, de manera que no se establezcan limbo legales en los que la administración ejecuta un gasto sin que esté autorizado previamente.*

-Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista presentó tres enmiendas a este precepto, siendo la primera de ellas la de mayor importancia, ya que planteaba un leve incremento en las cuantías máximas de adjudicación directa en el caso de entidades vinculadas con las investigaciones científicas³⁹⁹, y que como sabemos, no fue aprobada en este momento, la modificación de la Ley de Contratos del

³⁹⁸ Enmienda núm. 35 (Senado). De modificación.

Se modifica el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 118 que queda con la siguiente redacción:

«En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan. Dicha aprobación deberá ser siempre previa a la ejecución del contrato salvo casos de extraordinaria y urgente necesidad debidamente acreditada en el expediente.»

³⁹⁹ Enmienda núm. 98 (Senado). De modificación.

El punto 1 del artículo 118 queda redactado como sigue:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, en estos casos para las instituciones relacionadas con la investigación la cantidad establecida será de 20.000 €, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.»

(Resto del artículo igual...)

Cuya motivación se establecía en que, para ciertas entidades y centros de investigación, los límites de la contratación menor resultan *agobiantes* y que una reducción mayor les supondría un incremento en el número de contratos a gestionar lo que implica necesariamente, una mayor burocracia, en concreto lo cifre en unos 25 contratos más al año; y considera que es necesario establecer una *excepcionalidad en el caso de las instituciones de investigación.*

Sector Público por la Ley 6/2018, de 3 de julio, incorporó esta cuestión, añadiendo una disposición adicional específica -la DA quincuagésima cuarta- sobre el régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, que, si bien, no de forma idéntica a la planteada por este grupo parlamentario, se podría decir que trae su origen de esta propuesta, ya en este momento, existían numerosas voces que recomendaban un incremento de los mínimos marcados en la norma en caso de ciencia e investigación, a la vista de los problemas que se podrían generar con las nuevas exigencias planteadas en la norma.

La segunda de ellas consistía en la adaptación del precepto a la figura del contrato de gestión de servicios públicos⁴⁰⁰ y que, como sabemos, no fue incorporado a la redacción final del precepto.

-Para concluir, la tercera propuesta de este grupo parlamentario se enmarca en la necesidad de realizar un control de fiscalización *a posteriori* de los contratos celebrados a través de este procedimiento⁴⁰¹ que tampoco obtuvo acuerdo parlamentario para su incorporación al texto normativo.

⁴⁰⁰ Enmienda núm. 157 (Senado). De modificación.

Se propone la modificación del artículo 118, que quedará con la siguiente redacción: «Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de gestión de servicios públicos, suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.»

⁴⁰¹ Enmienda núm. 158 (Senado). De adición.

Se propone incluir el apartado 1 bis (nuevo) al artículo 118 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público:

«Artículo 118. (...)

1 bis. Con la periodicidad que se determine reglamentariamente, los contratos menores celebrados serán sometidos al control “a posteriori” de los órganos de fiscalización.»

3.2.1.3. Modificación tras la aprobación de la LCSP

Finalmente, en julio de 2018, una vez que la ley de contratos del sector público ya había entrado en vigor en el mes de marzo del mismo año, y se habían constatado los problemas que generaban los límites económicos establecidos en el artículo 118.3 de la ley, en particular para asuntos de investigación; se aprobó una primera modificación que supuso la inclusión de los dos primeros párrafos de la actual disposición adicional quincuagésima cuarta⁴⁰², y en febrero de 2019, se llevó a cabo una nueva modificación para añadir dos apartados más a esta disposición, en la que se recuperan los límites económicos fijados en la norma precedente para los contratos menores celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, esto es, para los contratos inferiores a 50.000 y con la que se elimina el límite impuesto para el resto de órganos de contratación, referido a la prohibición de adjudicar contratos de manera directa a aquellos empresarios que ya hubieran superado el límite económico máximo establecido a través de uno o varios contratos de adjudicación directa.

⁴⁰² Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

“Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

En los contratos menores que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros”.

3.2.2. Valoración general de la reforma parlamentaria

Vistos los cambios efectuados en la regulación de la figura del contrato menor en la vigente regulación con respecto a la regulación en las normas precedentes dado que estas, se ocupaban en apenas dos preceptos de todos los aspectos propios de esta figura; bien podría parecer que, en la ley de 2017 a esta figura se le ha querido dar un nuevo *status*, al menos, en cuanto a lo que se refiere al volumen de preceptos que ahora se ocupan de su regulación, puesto que en la actualidad se recogen sus particularidades en nada menos que diez artículos, cuatro Disposiciones Adicionales y una Disposición Final; sin perjuicio de una posterior Instrucción⁴⁰³ emitida por parte de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, -o su más conocido acrónimo OIRESCON- y una nota aclaratoria a la misma; las cuales serán objeto de análisis en un epígrafe posterior de este capítulo.

Por ello y, a pesar de que lo realmente trascendental de las novedades incorporadas se encuentra en su contenido, no puede dejar de resultar cuanto menos singular, el sustancial incremento en el número de artículos que, a lo largo del texto normativo se ocupan de esta figura; y ello, sumado a la dispersión que encontramos de los mismos a lo largo del nuevo cuerpo normativo; cuestión esta que provoca cierta confusión e incongruencia por parte del legislador, puesto que no ha optado -como sí ha hecho con el resto de procedimientos contractuales que vienen recogidos en la norma- por agruparlos y crear una subsección propia, dentro de la Sección 2ª del Título I, Libro II de la Ley, atribuyendo así a este procedimiento categoría de tal, no sólo con la finalidad de evitar confusiones en cuanto a su regulación, sino también para despejar dudas sobre su naturaleza.

En este sentido, y a pesar de que a lo largo de la Exposición de motivos de la ley se hace referencia a *la necesidad de simplificar los trámites administrativos de las contrataciones públicas con la finalidad de imponer una menor burocracia a los licitadores sumado a la voluntad de reducir las cargas administrativas de los operadores económicos intervinientes*; parece que esta necesidad de simplificación no se ha hecho patente en la figura del contrato menor, sino más bien lo contrario ya que, siendo como es, el instrumento contractual que menor burocracia implica de todos los procedimientos

⁴⁰³ Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión y de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. «BOE» núm. 57, de 7 de marzo de 2019, pp. 21.893-21.899.

existentes en nuestro ordenamiento, sus exigencias procedimentales se han ido incrementado sustancialmente, especialmente en la primera redacción de la norma, dando lugar así a una contradicción entre lo expuesto por el legislador en la Exposición de motivos de la ley y lo exigido en el cuerpo de la norma.

Así, este incremento de las exigencias en esta figura, trajo consigo una confusión por parte de los gestores públicos, en cuanto a cómo proceder en la ejecución de este instrumento de contratación, así mismo, se produjo una dificultad generalizada en la elaboración diaria de estos nuevos expedientes y se multiplicaron las consultas sobre las dificultades que ello estaba generando en todos los ámbitos de la contratación pública menor; y que, como sabemos, esta falta de seguridad jurídica dio lugar a innumerables interpretaciones por los diferentes tribunales administrativos de contratación del Estado y de las diferentes comunidades autónomas⁴⁰⁴ hasta que el legislador optó, en opinión de quien suscribe, por la decisión menos valerosa con la eliminación de aquellos extremos objeto de confusión en el precepto, esto es, la necesidad de justificar en el expediente de contratación menor que el contratista no ha suscrito otros contratos menores que individual o conjuntamente superen las cuantías máximas exigidas para este tipo de procedimiento; y añadió un apartado quinto eliminando tal exigencia para los contratos abonados a través de anticipos de caja fija o similar; con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ El análisis de estas interpretaciones será analizado en el Anexo I de este estudio.

⁴⁰⁵ Quedando la redacción definitiva del precepto, como sigue:

Artículo 118 LCSP. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

3. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes.

3.2.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 9/2017: Competencias en materia de contratación pública

Para finalizar, no queremos dejar de hacer mención a la significativa⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo de 2021⁴⁰⁷, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 4261/2018, de 24 de julio de 2018, interpuesto por el Gobierno de Aragón, contra una pluralidad de preceptos de la LCSP, en cuestiones relativas a la competencia del órgano competente para resolver; el recurso especial en materia de contratación en el ámbito autonómico la eficacia de las clasificaciones de empresas; la inserción en una sola plataforma electrónica del perfil de contratante de las entidades locales; la interpretación conforme a la Constitución de diferentes preceptos de la norma o la apreciación de diversos supuestos de disconformidad con el orden constitucional en cuanto a la distribución de las competencias.

Por lo que se refiere a la materia que nos ocupa, dos han sido los motivos alegados por el Gobierno de Aragón en el recurso de inconstitucional presentado y que han recaído sobre el expediente de contratación en los contratos menores, en concreto, sobre el contenido de los apartados 3 y 6 del artículo 118 LCSP.

-El primero de ellos, sobre el carácter básico del apartado 3 del precepto, al señalar que dicha regulación supone, en opinión de la comunidad autónoma recurrente, una grave quiebra del principio de seguridad jurídica reconocida en el artículo 9.3 CE, dado que no se concretan algunos aspectos que se plasman en el recurso, esto es, si se refiere a los

Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

5. Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

⁴⁰⁶ Muestra de su importancia han sido los numerosos análisis que de la misma se han realizado desde diferentes ámbitos como las universidades, tal es el caso del seminario “*La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*”, organizado por el grupo de investigación “Derecho Administrativo” de la Universidad de Oviedo, el 21 de abril de 2021; o la propia OIRESCON, que publicó un análisis exhaustivo de la misma en abril de 2021.

⁴⁰⁷ Publicada en el BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021, pp. 47.635-57.705.

contratos suscritos con el mismo órgano de contratación, con la misma o con todas las Administraciones. Alega también la recurrente que el precepto no se aclara si se refiere a contratos del mismo ámbito o a todos los celebrados por el empresario, y tampoco se especifica cuál es el ámbito temporal para entender superados los umbrales de cuantía establecidos.

Siendo la decisión del TC desestimar el recurso en este punto al entender *que no le corresponde dar respuesta o resolver las dudas interpretativas que se le suscitan al recurrente sobre el ámbito subjetivo, objetivo y temporal del precepto impugnado, al no guardar relación con el conflicto competencial del proceso*. A lo que añade que, *puesto que el carácter materialmente básico de este precepto no ha sido cuestionado por las partes, por lo que la impugnación ha de ser desestimada*.

Como ya hemos señalado, esta falta de seguridad jurídica trajo consigo que los diferentes tribunales administrativos de contratación del Estado y de las diferentes comunidades autónomas emitieran sus interpretaciones al respecto⁴⁰⁸ hasta que el legislador optó por la eliminación de dicha exigencia en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

-La segunda de las cuestiones recurridas que afectan a la contratación menor, tiene su fundamento al considerar que el Estado se extralimita en su regulación e invade la potestad de autoorganización propia de la Comunidad Autónoma ya que, tal y como señala el recurso, regular el contenido del expediente del contrato menor, va más allá del alcance que se atribuye en la CE al Estado -artículo 149.1.18 CE- para regular las bases de la norma, y encaja en las competencias propias de su desarrollo atribuidas a las CCAA, al señalar cada cuánto han de publicarse los contratos menores y cuál ha de ser el contenido de dichas publicaciones⁴⁰⁹; esto es, respecto de la exigencia de publicar con

⁴⁰⁸ Vid nota 404.

⁴⁰⁹ Se trata de la referencia que el apartado 6 del artículo 118 LCSP, hace al artículo 63.4 LCSP, el cuál establece que: “La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

una periodicidad trimestral “*la información relativa a los contratos menores*” (primer inciso, párrafo primero del apartado 4), y la “*información relativa a los encargos [a medios propios] de importe superior a 5.000 euros*” (primer inciso, párrafo segundo del apdo. 6).

Y, en el mismo sentido al considerar que se ha producido la vulneración de la potestad de autoorganización que la Constitución Española reconoce a las Comunidades Autónomas, al exceptuar la obligación de publicación trimestral de la información relativa a contratos menores cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, “*siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores*” (párrafo 2 del apartado 4)⁴¹⁰.

Estos aspectos de la norma recurridos, también han sido desestimados por parte del TC al entender que la regla que impone una periodicidad trimestral a la publicación tanto de los contratos menores, como de determinados encargos a medios propios, responde al objetivo de garantizar los principios básicos de publicidad, información y transparencia en dos ámbitos especialmente sensibles para evitar un falseamiento de la libre concurrencia o una elusión de la propia ley y por tanto, no afecta a la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma, pues no le impide configurar su propia organización administrativa. entiende por tanto el tribunal que se trata de una norma materialmente básica –y por extensión también el art. 118.6 LCSP– que no impide que la comunidad autónoma, al amparo de sus competencias de desarrollo de las bases en materia de contratación administrativa, pueda establecer una periodicidad distinta siempre que respete el mínimo trimestral fijado por la legislación estatal y pueda ampliar el contenido de dicha información.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores”.

⁴¹⁰ Las críticas formuladas contra el artículo 63.4 LCSP se hacen extensivas al artículo 118.4 –este precepto, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, se corresponde con el actual apartado 6–, por disponer que la publicación de los contratos menores se haga, por remisión, conforme al citado artículo 63.4 LCSP.

Finalmente, el tribunal señala que el legislador estatal exceptúa de la publicación trimestral ciertos contratos menores –imponiendo para ello, además de un límite en su valor estimado, que el sistema de pago utilizado sea el del anticipo de caja fija o similar– como una excepción a la norma general justificada en circunstancias concretas y por ello se mueve en el ámbito de la operatividad de los principios de información y transparencia y **no impide al legislador autonómico de desarrollo establecer previsiones más exigentes sobre la publicidad de estos tipos de contratos.**

Por tanto, a pesar de lo esperada que ha sido la sentencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, la desestimación de los aspectos recurridos en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, no ha traído consigo ninguna modificación a los efectos que nos competen.

3.3. EL ALCANCE DEL CONTRATO MENOR: PREPARACIÓN ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN

3.3.1. Ámbito de aplicación

Al hablar del ámbito de aplicación del contrato menor, debemos iniciar este análisis atendiendo a los sujetos habilitados para aplicar el mencionado procedimiento; así, cuando en el apartado anterior señalábamos la relación de los preceptos y disposiciones que la ley dedica al contrato menor, hablamos del artículo 118 LCSP como paradigma de esta nueva regulación. Dicho precepto se encuentra ubicado en el Libro II de la ley, esto es, el libro referido exclusivamente a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas; sin embargo, a lo largo del texto normativo, podemos encontrarnos con otros preceptos que podrían remitir a este procedimiento o aproximarse a una identificación con esta figura, y ello a pesar de estar situados en otras partes de la norma que se ocupan de la contratación pública llevada a cabo por parte de otros sujetos.

3.3.1.1. Sujetos habilitados y procedimientos análogos

Como acabamos de indicar, la ubicación en la que se ha situado la regulación del procedimiento menor en la Ley excluye directamente su aplicación a los sujetos cuya regulación se encuentra más allá de aquellos referidos en el Libro II de la norma, es decir,

las Administraciones Públicas; y, por tanto, dista considerablemente del contenido establecido en los artículos 318 y 321 de la LCSP, ubicados ambos dentro del Libro III que regula *los contratos de otros entes del sector público*.

Aunque bien es cierto que podemos encontrar alguna similitud en su contenido, e incluso llegar a la conclusión de que podrían ser figuras equiparables a pesar de los aspectos que las separan; resulta necesario establecer inicialmente, las diferencias e igualdades que existen entre estos dos preceptos, antes de comenzar con el estudio de su comparativa con el artículo 118 LCSP.

Previamente, queremos traer aquí los párrafos de cada uno de los preceptos objeto de análisis que, en concreto, podrían asimilarse a la figura del contrato menor, al entender que resulta imprescindible atender tanto al contenido como a la redacción de estos, para una correcta interpretación de los mismos:

***Artículo 318 LCSP. Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada.**

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

***Artículo 321 LCSP. Adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.**

La adjudicación de contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores se ajustará a las siguientes reglas:

1. Los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la

efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145...

2. No obstante lo indicado en el apartado anterior, los órganos competentes de las entidades a que se refiere este artículo podrán adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con sujeción a las siguientes reglas:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) ...

Para comenzar este análisis, en primer lugar, debemos partir del tipo de ente para el que se han elaborado cada uno de estos artículos. A pesar de que ambos preceptos, como ya hemos indicado, vienen recogidos en el Libro III de la LCSP, el primero de ellos -el artículo 318 LCSP- solamente será aplicable a los contratos celebrados por PANAPS, esto es, a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de administraciones públicas; mientras que el artículo 321 LCSP será de aplicación a los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador. Vemos como, no solamente se dedican a sujetos diferentes, sino que ambos se contraponen a los sujetos para los que se ha regulado el Libro II, en el que se ubica el contrato menor. Por lo tanto, la norma determina sin lugar a duda, cuáles son los sujetos que estarán legitimados para aplicar en sus contrataciones el procedimiento intitulado como *contrato menor*, y estos son, únicamente, las Administraciones Públicas.

En cuanto a su contenido, ambos preceptos gozan también de algunas características propias que los diferencian; así, mientras que la regulación contenida en el artículo 318 LCSP resulta de aplicación directa, el contenido del artículo 321 LCSP es facultativo, en tanto que se autoriza a los órganos competentes la posibilidad de elaborar y aprobar sus propias instrucciones, en las que se regulen los procedimientos de contratación y, en caso de no aprobar las referidas instrucciones, la propia ley facilita una posibilidad alternativa

a través de un procedimiento de contratación directa. Por lo tanto, mientras que para los PANAPS el artículo 318 LCSP resulta obligatorio como única vía para la adjudicación directa, en el caso de las entidades del sector público que no tienen carácter de poderes adjudicadores, la regulación contenida en el apartado segundo del artículo 321 LCSP, es potestativa.

Por su parte, el artículo 318 a) LCPS comienza señalando que las disposiciones que regula se aplicarán *en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada*, mientras que nada se indica en este sentido para el supuesto recogido en el artículo 321.2.a) LCSP, ya que las entidades del sector público que no tienen carácter de poder adjudicador no están sometidas a las Directivas Europeas y por tanto, carece de sentido imponerles los límites económicos recogidos para los contratos sujetos a regulación armonizada⁴¹¹.

En cuanto a las similitudes que existen entre ambos preceptos -también con respecto a las características propias del contrato menor⁴¹²- se requiere en primer lugar, que aquel que vaya a resultar adjudicatario disponga de suficiente solvencia técnica o profesional para realizar los trabajos encomendados, así como de capacidad de obrar suficiente. Y, en segundo lugar, otro punto coincidente que asemeja a estos preceptos, son los límites económicos fijados para todos ellos. En cuanto a esta segunda característica, se establece un límite fijado en valores estimados inferiores a 15.000 € para contratos de servicios y suministros, y un límite inferior a 40.000 € que va a marcar otra de las diferencias de estas regulaciones, y que se refiere al tipo de contrato que se va a poder celebrar en función del ente que lo adjudique. Así, mientras que las Administraciones públicas y las entidades que no son poder adjudicador deberán restringir este tipo de adjudicación a contratos de obras; por su parte, el artículo 318 LCSP -siempre dentro de los mismos límites económicos- amplía esta posibilidad a *contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios*.

⁴¹¹ Al respecto, Díez Sastre, S., “La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*, pp. 305-348.

⁴¹² Artículo 131.3 LCSP: “*Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118*”.

Entendemos, por todo lo expuesto, que la pretensión del legislador no era identificar este tipo de adjudicaciones como un único procedimiento; menos aún, que el procedimiento de referencia debiera ser el recogido en el 118 LCSP, puesto que, de haberlo pretendido así, hubiera hecho una referencia directa al mismo, como sí se ha hecho en el artículo 317 LCSP⁴¹³, en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos armonizados, con independencia del tipo de poder adjudicador de que se trate.

Además, en estos supuestos existe una laxitud manifiesta dado que no se han establecido ni las exigencias procedimentales, ni los límites del apartado tercero del artículo 118 LCSP, ni otros requisitos que tan novedosamente se han introducido en la nueva redacción inicial del artículo.

Por si ello no fuera suficiente, el distanciamiento entre ambas figuras podría resultar ser una firme pretensión del legislador, dado que marca una notable diferencia entre ambos, al utilizar distintas denominaciones, aunque a la postre, su significado sea idéntico; es decir, no se habla en estos dos preceptos de *contratación menor*, sino que se utiliza la expresión *adjudicación directa*, lo que supone que, a pesar de que el contrato menor se materializa *in fine* en una adjudicación directa, -como ya hemos señalado al inicio de este trabajo- el legislador podría querer imprimir desde el inicio una diferencia identitaria que permita distinguir ambas figuras.

Cuestión distinta a tener en cuenta, sería determinar cuál es la postura más apropiada ante esta disyuntiva, es decir, si realmente debemos considerar como procedimientos sustancialmente ajenos entre sí, y por tanto diferenciar esta denominada adjudicación directa del contrato menor; o si por el contrario, resultaría más ajustado a la finalidad objeto de la ley -esto es, un incremento de la transparencia, la seguridad jurídica, la uniformidad de procedimientos de todos los poderes públicos, etc.- entender que, a pesar de las diferencias manifiestas que existen entre ambos, estas no han sido establecidas con la finalidad de diferenciar procedimientos o reducir exigencias para los PANAPS y para las entidades sin carácter de poder adjudicador; sino que su regulación, tal y como

⁴¹³ Artículo 317 LCSP. Preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada.

“La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley”.

finalmente ha quedado redactada puede responder a una necesidad de simplificación a la espera de una futura interpretación análoga con la figura del contrato menor.

En nuestra opinión, la postura acertada es, sin duda, una equiparación entre ambos mecanismos de adjudicación -siempre que se establezcan las mismas exigencias para todos- con la finalidad de aportar coherencia al texto normativo y dotar de mayor seguridad jurídica a las contrataciones menores celebradas en España con independencia de cuál sea el órgano de contratación; puesto que, si ya de por sí, este tipo de adjudicaciones resultan objeto de desconfianza para el conjunto de los agentes económicos y de la sociedad en general, cuanto más, si se consienten diferentes tipos de procedimiento, más o menos laxos para su contratación, dependiendo del tipo de órgano que las celebre.

Al respecto, queremos añadir que, a pesar de esta mayor o menor confianza entre los operadores económicos en el uso de procedimientos de adjudicación directa por su laxitud en el sometimiento a los principios generales de la contratación, ello no se debe identificar necesariamente con una implícita vulneración de los principios. Así, en el marco de la Unión Europea, si bien la aplicación de las Directivas en materia de contratación alcanza únicamente a aquellos contratos por cuya cuantía se deban someter a las mismas el resto de las actuaciones de los estados miembros, en el marco de su actividad contractual debe respetar, *en general, las normas fundamentales del Tratado CE*⁴¹⁴. Ahora bien, la Comisión Europea emitió al respecto una Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública⁴¹⁵ en la que matizaba que *las normas derivadas del Tratado CE se aplican sólo en la adjudicación de contratos que*

⁴¹⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en el Considerando 46 de la Sentencia de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03, Parking Brixen GMBH) que, *pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse en este sentido las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16).*

⁴¹⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, de 23 de junio de 2006. (2006/C 179/02)

guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior, y ello en base a la STJUE (Asunto Comane⁴¹⁶) que entiende la trascendencia económica del contrato más allá de las fronteras del estado adjudicatario, como una de las circunstancias específicas que permiten “razonablemente sostener que la concesión en cuestión carecía de interés para una empresa establecida en un Estado miembro” distinto del adjudicatario⁴¹⁷.

En este sentido, la Comisión viene a señalar en su comunicación, que *“corresponde a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación de contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros; y estima que esta decisión deberá basarse en una **evaluación de las circunstancias específicas del caso**, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato”.*

Y continúa señalando que, *“si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que el contrato reviste importancia para el mercado interior, deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario; y que, si la Comisión tuviera conocimiento de una posible contravención de las normas básicas de adjudicación de los contratos públicos no regulados por las Directivas sobre contratación pública, **examinará la importancia del contrato para el mercado interior a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Solo incoará el procedimiento de infracción previsto en el artículo 226 del Tratado CE cuando lo considere adecuado a tenor de la gravedad de la infracción y de sus repercusiones en el mercado interior”.***

⁴¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2005 (Asunto C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) contra Comune di Cingia de' Botti) Petición de decisión prejudicial: Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Italia. Artículos 43 CE, 49 CE y 81 CE - Concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas.

⁴¹⁷ Considerando 20. Por lo que respecta al litigio principal, de los autos no se desprende que concurren circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, que permitan razonablemente sostener que la concesión en cuestión carecía de interés para una empresa establecida en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el comune di Cingia de' Botti y que debía por tanto considerarse que los efectos sobre las libertades fundamentales de que se trata eran demasiado aleatorios y demasiado indirectos para poder apreciar una eventual vulneración de las mismas (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 1990, Krantz, C-69/88, Rec. p. I-583, apartado 11, y de 21 de septiembre de 1999, BASF, C-44/98, Rec. p. I-6269, apartado 16; así como el auto de 12 de septiembre de 2002, Mertens, C-431/01, Rec. p. I-7073, apartado 34).

Por todo ello, entendemos que, dada la escasa trascendencia económica de los contratos menores, estos pueden adjudicarse de manera directa siempre y cuando, no se opongan al interés transfronterizo; o en palabras del propio TJUE *“procede considerar que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto habida cuenta de ciertos criterios objetivos⁴¹⁸”*.

Ahora bien, esta falta de interés para el mercado comunitario ¿continuaría siéndolo si una administración ejecuta todo su presupuesto empleando el procedimiento menor? O, ¿cuándo ciertas prestaciones, bien por su naturaleza o por su cuantía, se contraten siempre de manera directa?

Respecto a la primera de las cuestiones, como ya hemos indicado, creemos que sería discutible que una administración u órgano de contratación, por pequeño que este sea, no ha de reiterar ciertas contrataciones, por lo que aquí se planteara no es un desvío de la norma comunitaria sino un incumplimiento de los procedimientos propios nacionales.

Más allá de este supuesto, resulta realmente interesante la segunda cuestión, puesto que, aunque sin lugar a duda hay ciertas prestaciones, -especialmente de servicios- que pueden escapar al interés del mercado de países ajenos; no es así en todos los casos. Ahora bien, a la luz de la comunicación de la Comisión mencionada, parece que se permite reservar esas contrataciones al marco jurídico nacional sin entrar a valorar cuál sería su volumen; quizás porque su afectación económica no resultaría interesante en el mercado, bien, por sostener cierto mercado interior para cada uno de los Estados miembros.

Continuando con el análisis con el que iniciábamos esta cuestión, traemos aquí el Informe emitido por la Abogacía General del Estado⁴¹⁹ en el que, en respuesta a varias

⁴¹⁸ Sentencia del TJUE de 16 de abril de 2015 (Asunto C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL y Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia) Considerando 16.

⁴¹⁹ Informe 2/2018 (R-32/2018), de 17 de enero de 2018, de la Abogacía General del Estado.

cuestiones planteadas por el Instituto de Crédito Oficial, respecto a la aplicación a dicha entidad de la Ley 9/2017, y más concretamente, sobre la posible calificación o no como contratos menores a la regulación del artículo 318.a) de la LCSP, aquella se pronuncia a favor de su absoluta equiparación en el siguiente sentido:

“El artículo 318.a) no emplea, *nominatim*, el término “contratos menores”, y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia un fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos “*podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato*” (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores.

Dado que, conforme a lo indicado, debe concluirse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP, ...”

Con posterioridad al Informe emitido por la Abogacía General del Estado, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, emitió una Recomendación⁴²⁰ a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos, en la que, al respecto de la identificación de dichos preceptos, mantiene la misma línea de la Abogacía del Estado, al señalar que “*esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que existe fundamento jurídico suficiente para concluir que la voluntad de la norma es asimilar*

⁴²⁰ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, de 28 febrero 2018.

ambos conceptos y regímenes jurídicos; y aunque esta recomendación -como la misma recuerda- cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante para los órganos de contratación”; entendemos que esta es la interpretación apropiada para lograr una uniformidad de la norma, si bien no compartimos alguno de los fundamentos esgrimidos por esta Junta Consultiva para llegar a tal conclusión.

Así, por un lado, si *“la finalidad del artículo 118 es coherente el incremento de la seguridad jurídica en los contratos de menor cuantía que realizan las entidades del sector público que tengan la condición de poderes adjudicadores con la sencillez y celeridad máxima del procedimiento, que permite adjudicar directamente el contrato al operador económico que cumpla las condiciones de aptitud necesarias para ejecutarlo”*, como dice la Recomendación de febrero de 2018, debemos cuestionar a qué se debe su ubicación en ese punto de la ley, propio de las Administraciones Públicas, en lugar de haberlo situado en el Libro I cuyo alcance abarcaría por igual a todos los agentes del sector público.

Y por otro lado, cuando señala que *“esta conclusión es perfectamente compatible con la finalidad que se observa en la Ley en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores, aspecto este que se observa con nitidez en todo el Título I del Libro III de la Ley en los artículos 316 a 320”*; hemos de recordar que el artículo 317 LCSP, se refiere a la preparación y adjudicación únicamente, de los contratos sujetos a regulación armonizada, tal y como señala el precepto; y parece que en su Recomendación, esta Junta Consultiva ha obviado tal particularidad y ha optado por realizar una asimilación que facilite así, una base jurídica para la equiparación de ambos procedimientos basándose en su analogía.

Finalmente, debemos recordar que ambos documentos, tanto el informe de la Abogacía General del Estado, como la recomendación de la Junta Consultiva del Estado, se ocupan del artículo 318, y eluden el análisis del artículo 321. Podemos admitir que, en el caso de la Abogacía del Estado, tal ausencia se debe a que su informe se emite en respuesta a una consulta concreta realizada por un órgano PANAP y, por tanto, únicamente da respuesta a la consulta planteada sin ahondar en otras cuestiones; sin embargo, en el caso de la recomendación de la Junta Consultiva nada le impide incluir tal precepto en su análisis.

3.3.1.2. Tipos de contratos en la aplicación del procedimiento menor

Como expondremos a lo largo del presente estudio, el cambio más notable introducido en la última regulación de los contratos menores y que ha supuesto un giro sustancial en la actuación diaria de los gestores de la contratación pública, ha sido la incorporación de ciertas exigencias y limitaciones que hasta la fecha no figuraban en nuestra norma y que ahora se han recogido, esencialmente en el artículo 118 CLSP, y resultando especialmente trascendente su apartado tercero. Sin embargo, su inclusión resultó ser tan novedosa que, incluso a lo largo de la elaboración de los diferentes borradores de la norma, no figuraba una modificación de tal calado para esta figura.

A pesar de que ni el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 10 de marzo de 2016⁴²¹ ni el propio Proyecto de ésta⁴²² presentado ante las Cortes Generales recogían el que a la postre resultó ser un apartado tan polémico, el tercer apartado del artículo 118 LCSP- sí contemplaba una diferencia sustancial con respecto a las regulaciones previas existentes en este aspecto sobre la tipología de contratos a los que resulta aplicable este procedimiento. En este sentido, en la regulación inmediatamente anterior a la actual, el posible uso del contrato menor alcanzaba *al contrato de obras y a otros contratos*⁴²³ entendiéndose, por tanto, que esa generalidad permitía su aplicación a cualquier otro tipo de contrato. En otras normas precedentes, ni tan siquiera se recogía dicha diferenciación, sino que se definía a los contratos menores por razón de su cuantía,

⁴²¹ Número de expediente: 1116/2015 (Hacienda y Administraciones públicas). Asunto: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Fecha de aprobación: 10/03/2016.

⁴²² Proyecto de Ley 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. (121/000002) Presentado el 25/11/2016, calificado el 29/11/2016. BOCG Núm. 2-1. Serie A: Proyectos de Ley de 2 de diciembre de 2016.

⁴²³ Artículo 138.3 párrafo segundo del TRLCSP: “Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”.

En el mismo sentido se expresa el Artículo 122.3 párrafo segundo de la ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público: “Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”.

entendiendo, por tanto, que a cualquier tipo de contrato podría resultarle aplicable este tipo de procedimiento, sin mayor detenimiento o aclaración por parte del legislador.

Sin embargo, en la redacción actual que regula este procedimiento, nos encontramos con una restricción específica, concretamente se ha restringido a tres tipos de contratos, esto es, a los contratos de servicios, obras y suministros⁴²⁴ la posibilidad de aplicar únicamente a ellos el procedimiento menor, sin permitir que otros tipos de contratos puedan emplearlo; cuestión a partir de la cual, se plantea la incertidumbre sobre si tal limitación se debe a un error del legislador o si se trata de un hecho totalmente intencionado, visto que la propia Exposición de Motivos hace referencia a la creación de una nueva *tramitación especialmente sumaria*, con el objetivo de reducir *la contratación directa a situaciones extraordinarias*⁴²⁵, refiriéndose al procedimiento abierto simplificado sumario.

Cuestión distinta, es la de la conveniencia de utilizar o no un procedimiento menor para adjudicar ciertos tipos de contratos que debido a sus características, no resultaría apropiado, tanto por los límites económicos como los temporales; nos estamos refiriendo a las concesiones de obras o de servicios, cuyo plazo de ejecución y coste, suele ser superior a los márgenes temporales establecidos para los contratos menores. Sin embargo, su falta de conveniencia no significa que, en ciertas ocasiones, no podría resultar necesario aplicar el procedimiento menor de manera circunstancial⁴²⁶; aunque esta

⁴²⁴ Artículo 118.1 LCSP: “*Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal*”.

⁴²⁵ Exposición de Motivos V de la LCSP.

⁴²⁶ Sin duda, en aquellas ocasiones en las que la licitación aún no se haya completado y resulte imprescindible continuar con un contrato, especialmente, en el caso de las prestaciones de servicios recurrentes como los servicios de ayuda a domicilio, servicios de notificaciones o comedores sociales, cuya adjudicación puede complicarse por ser materias objeto de recurso habitual; se puede acudir a una contratación menor, de carácter puntual, para asegurar que no se lleve a cabo una paralización de los servicios, permitiendo así su continuidad hasta que se lleve a cabo una nueva adjudicación; y que han sido calificados como *contratos puente* por la JCCA en su Informe 86/18, de 10 de diciembre de 2018: Contratos puente y fraccionamiento de contratos menores; y en su Informe 73/18, de 15 de julio de 2019: Fraccionamiento de contratos menores. Contratos puente.

posibilidad ha quedado completamente excluida vista la actual redacción de este medio de adjudicación.

Por otro lado, a lo largo del texto normativo encontramos otro tipo de contratos a los que, claramente, les es aplicable el procedimiento recogido en el artículo 118 de la LCSP. Por una parte, y de manera expresa, la Disposición adicional novena recoge las normas relativas a las contrataciones de acceso a bases de datos y a la suscripción de publicaciones, permitiendo su tramitación conforme a las normas establecidas para la adjudicación de contratos menores cuando señala que *“La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago...”*. A pesar de la claridad de redacción de esta Disposición, la aplicación de este procedimiento para la contratación de suscripciones a revistas y otras publicaciones ha generado ciertos interrogantes entre los gestores administrativos en cuanto a su aplicación; de ahí el análisis llevado a cabo en la ya mencionada Recomendación de la Junta Consultiva del Estado de 28 de febrero de 2018, al afirmar en el apartado 3.4 que, *“en este tipo de contratos, si no están sujetos a regulación armonizada se autoriza la aplicación del régimen propio de los contratos menores, lo que representa una notable simplificación procedimental”*; y en el que recuerda que cabe la posibilidad de que dichas suscripciones sean tramitadas por procedimiento negociado sin publicidad de entre los supuestos previstos en el artículo 168 LCSP, en aquellos casos en que su cuantía supere los límites económicos establecidos para los contratos menores.

Continuando con esta reflexión sobre las dudas que esta Disposición adicional novena ha generado en la práctica diaria, traemos a colación el Informe 3/2918, de 13 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, sobre la Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores emitido tras la consulta planteada por el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza, entre otras cuestiones, respecto a la necesidad de

someter este tipo de contrataciones a los límites económicos y temporales recogidos del artículo 118.3 LCSP; concluyendo al respecto dicho órgano consultivo que, “*la única prescripción del art. 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de estos contratos, dado que expresamente se ha establecido que los que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se tramiten como contratos menores aunque no les correspondiese tal consideración atendiendo a su cuantía (siempre que no tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada⁴²⁷)*”.

⁴²⁷ Queremos traer aquí el apartado IV de dicho informe que aclara el efecto de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP sobre la contratación del acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones al considerar que el mismo aporta sin duda, una adecuada interpretación de la Disposición referida, en el siguiente sentido: *En íntima relación con la cuestión del ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza solicita el parecer de esta Junta Consultiva sobre el sentido que deba darse a la remisión que en la Disposición Adicional Novena de la LCSP se realiza al reiteradamente citado artículo 118 para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, preguntando si debe entenderse que también en estos casos opera la limitación cuantitativa introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP.*

La Disposición Adicional Novena de la LCSP establece las mismas «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones» que ya se establecía en la disposición con igual numeración del TRLCSP. La única diferencia que se aprecia entre ambas disposiciones adicionales es la aplicación de esas normas en la nueva regulación también a otras contrataciones: si en el TRLCSP esas «normas especiales» se aplicaban a «la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas», en la nueva LCSP se consideran también aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

En esencia, esas normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten en aplicar a la adjudicación de dichos contratos «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago». Esa remisión «en bloque» a las normas establecidas en la nueva Ley para los contratos menores hace que las reglas establecidas en el art. 118, incluidas las establecidas en el apartado 3, resulten de aplicación para la adjudicación de contratos que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. La única prescripción del art. 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de estos contratos, dado que expresamente se ha establecido que los que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se tramiten como contratos menores, aunque no les correspondiese tal consideración atendiendo a su cuantía (siempre que no tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada).

Además de lo anterior, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de los contenidos de esas publicaciones y bases de datos y, como consecuencia, la

Por su parte, también, la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias, planteó la controversia existente a la hora de conjugar la aplicación de la Disposición adicional novena con lo establecido en el artículo 118. 3 LCSP, en cuanto a la necesidad de justificar en el expediente que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo⁴²⁸; y ello, en cuanto que dicha Consejería dispone de un fondo bibliotecario físico y digital que se venía contratando siguiendo el procedimiento previsto en la Disposición Adicional Novena del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, y que al igual que la contemplada en la LCSP, establecía que podía efectuarse su contratación, cualquiera que fuese su cuantía, siempre que no tuviesen el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley para los contratos menores.

imposibilidad de adjudicar esos contratos a operadores económicos distintos de los propietarios de esos derechos. En tales casos podría recurrirse a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto previsto en el art. 168.a). 2.o LCSP, existiendo una exclusión expresa de la aplicación del límite de contratos en el inciso final del art. 118.3.

En conexión con lo anterior, lo relativo a la duración de los contratos menores está regulado en el art. 29.8 –que reproduce sustancialmente lo establecido con anterioridad en el art. 23.3 TRLCSP- disponiendo que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

No es ésta una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, como se deduce de su ubicación sistemática, en un precepto diferenciado del que establece las reglas de adjudicación. Además, está incluido en el Libro I de la Ley, en el Título I dedicado a disposiciones generales, y concretamente en el capítulo I sobre «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», y no en el Libro segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1a, Subsección 1a, relativa al «Expediente de contratación», como sucede con el art. 118.

Al no ser una regla «de procedimiento», es difícil entender que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional novena LCSP, cuyo objeto es la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

⁴²⁸ Informe 75/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 10 de diciembre. Asunto: Contratos menores y disposición adicional novena de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Consejería de sanidad del gobierno del Principado de Asturias.

Al respecto, concluye la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que, si bien serán de aplicación las exigencias procedimentales previstas en el artículo 118.3 de la LCSP para los contratos menores, las cuantías de referencia que contempla dicho precepto habrán de ser sustituidos por la de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Otro tipo de contratos que también han resultado objeto de crítica y análisis en sentido similar al anterior, son los contratos privados, cuyo objeto sea la creación e interpretación artística y literaria y, los contratos de patrocinio; todos ellos en cuanto a si su tramitación podría o debería ajustarse a las normas que la ley contempla para el contrato menor. En este sentido, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en respuesta a sendas consultas planteadas y que pasamos a analizar.

Así, por lo que se refiere a la promoción del deporte y las contrataciones de actividades culturales, la Diputación de Málaga⁴²⁹ y el Ayuntamiento de Segovia⁴³⁰ cuestionan a esta Junta Consultiva de Contratación si, *“al eliminarse en el artículo 118 LCSP, la expresión “otros contratos” se plantean dudas sobre si ello puede significar que este artículo sólo permite la utilización de la figura del contrato menor en los contratos de obras, suministros y servicios tipo, quedando en consecuencia, fuera de su aplicación los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas”*. Y si, dado el carácter privado que atribuye el artículo 25.1 LCSP a los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 667200003 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7 y de 92000000-1 a 92700000- 8...; así como lo establecido en el artículo 26.2 LCSP, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª (preparación de los contratos, artículo 115 y siguientes) y 2ª (de la adjudicación de los contratos, artículos 131 y siguientes), del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley *“les sería de aplicación las normas que para los contratos menores establece el artículo 118 de la citada Ley 9/2017”*.

⁴²⁹ Informe 7/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 2 de julio. Asunto: Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos.

⁴³⁰ Informe 36/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 2 de julio. Asunto: Aplicación de los contratos menores a los servicios artísticos y literarios.

Visto el párrafo segundo del artículo 26 de la LCSP, que regula el régimen de aplicación de los contratos privados, y que nos lleva al Libro II de la presente Ley en cuanto a su preparación y adjudicación, la Junta Consultiva concluye en ambos casos que, la aplicación del artículo 118 LCSP, procede *“tanto a los servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos objeto de la consulta, cuyo valor estimado fuera inferior a 15.000 euros, como al resto de contratos privados cuyo valor no supere los umbrales previstos en artículo 118 de la LCSP, siempre que concurren los demás requisitos establecidos en el artículo 118 de la norma legal”*⁴³¹.

Por todo ello y, como hemos visto, a pesar de las restricciones en cuanto a los tipos de contrato a los que se permite celebrar contrataciones menores, la propia ley contempla otro tipo de contratos a los que, con cierta flexibilidad, se puede aplicar dicho procedimiento⁴³²; aunque debemos matizar que no de manera estricta, sino que podríamos entender que se trata de una aplicación a medio camino del mismo, ya que, por un lado, sus particularidades no permitirían ajustarlos a otros procedimientos recogidos en la norma pero tampoco someterlos a la totalidad de las exigencias del contrato menor.

⁴³¹ Si bien, para el caso de contratos de patrocinio matiza que estos no tienen una regulación específica en la LCSP, si bien podrían considerarse como contratos de servicios al configurarse como una prestación de hacer a cambio de la cual se cobra un precio. Ahora bien, el problema estaría en que tal calificación choca con la finalidad de interés público de estos contratos no sea sólo la publicidad institucional, sino que su verdadera finalidad sea la financiación pública de las actividades culturales, deportivas o de otra índole, en cuyo caso debería acudir a la subvención de tales actividades a través de la norma que las regula. Ahora bien, si lo que realmente existe es una figura contractual, cabría pensar que este tipo de contratos de patrocinio constituirían contratos privados al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.1.a) LCSP y, por tanto, serían de aplicación las reglas del contrato menor tanto para su preparación como para su adjudicación.

En el mismo sentido se ha pronunciado la junta superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Valencia, en su Informe 7/2018, de 27 de julio. Asunto: Aplicación del contrato menor a los contratos privados. Especial referencia al contrato de patrocinio.

⁴³² Y que, a los ya mencionados, debemos sumar los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, como se indica en ambos informes de la JCCA ya indicados.

3.3.1.3. Excepción de la Disposición Adicional Quincuagésimo-cuarta

Finalmente, en el mes de julio de 2018 -sin tan siquiera haber transcurrido cuatro meses desde la entrada en vigor de la norma y a pesar, de que *“un precepto de contenido coherente con la citada DA 54^a ya se contenía en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019 y también en el proyecto de reforma de la legislación de régimen local, si bien como consecuencia de los avatares parlamentarios su aprobación no se ha producido, generando esta aparente distorsión”*, como nos recuerda la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el Informe 14/2019, que aborda la interpretación de esta nueva Disposición Adicional- y a la vista de los inconvenientes generados en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación tras el intento de cumplir con los requisitos de la nueva regulación, especialmente en lo que se refiere a las restricciones sobre la imposibilidad de adjudicar a un mismo empresario que ya hubiera suscrito uno o varios contratos que superasen los límites económicos establecidos en el apartado primero del artículo 118 LCSP; se introdujo una nueva disposición adicional en la norma, como excepción a la regulación general del procedimiento.

Pero antes de ahondar en los aspectos de la modificación efectuada, es necesario apuntar una crítica con respecto al modo en que la misma se llevó a cabo, esto es a través de la Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado⁴³³, debiendo regular este tipo de leyes, con carácter general, cuestiones meramente económicas o presupuestarias, puesto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional⁴³⁴, *“la inclusión injustificada de estas materias -refiriéndose a aquellas otras propias de la ley ordinaria estatal (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7º del art. 134 CE) que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan- en la ley anual de Presupuestos puede ser contraria a la Constitución por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional (STC 65/1987, fundamento*

⁴³³ Añadida por la Disposición final 44.2 de la Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado.

⁴³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, Fundamento jurídico 4.

jurídico 5) y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de ese tipo origina (STC 65/1990, fundamento jurídico 3)''.

Tras esta incorporación en la Ley General de Presupuestos, se efectuó una posterior modificación añadiendo dos párrafos más a esta disposición adicional a través de la disposición final 2ª del Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero⁴³⁵, los cuales recogen obligaciones similares a las establecidas para el resto de contratos menores regulados en el artículo 118 LCSP en cuanto a la exigencia de que exista un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato así como que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos; y en cuanto a que dicha exigencia no será necesaria siempre que su abono se realice a través de pagos de caja fija o similar y el valor estimado del contrato no supere los 5.000 €.

Más allá de este reproche en cuanto al modo de proceder con respecto a la incorporación efectuada de esta modificación, avalamos la necesidad de la misma, una vez que se ha querido incluir en esta nueva regulación, -recordemos que este tipo de

⁴³⁵ Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

“Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

En los contratos menores que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.”

adquisiciones se encontraban fuera de los negocios y contratos propios del Texto refundido de la ley de contratos⁴³⁶- dado que los trabajos de investigación científica, difícilmente podrían ajustarse a las reglas del 118 LCSP, como así se ha manifestado desde distintos sectores del ámbito científico nacional⁴³⁷.

⁴³⁶ Artículo 4.1 TRLCSP: “Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

q) *Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.*

r) *Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa”.*

⁴³⁷ Al respecto, la Alianza SOMMa, integrada por los centros y unidades de excelencia en investigación distinguidos por el Programa Severo Ochoa y María de Maeztu, elaboraron un informe titulado: "Acciones necesarias para salvaguardar la competitividad de la Ciencia" de 9 marzo de 2018, en el que se reclamaba la atención de la clase política para abordar tres problemáticas que afectan muchas entidades de I+D, y potencialmente podrían afectar a todas las entidades del sistema de I+D español; siendo la segunda de ellas, la que abordaba la cuestión respecto a la contratación pública son el siguiente planteamiento:

La entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público afecta las entidades de I+D como entidades del sector público. Dicha ley introduce cambios muy significativos en la adquisición de bienes, servicios y equipamientos, que tendrán un impacto económico importante, pero también en la misma ciencia, el acceso a tecnología puntera y la transferencia de tecnología. Analizando la regulación en otros países europeos, constatamos que la trasposición de la normativa europea en España ha sido especialmente estricta, sin otorgar de momento ninguna excepcionalidad a la ciencia, lo que claramente perjudica la competitividad de la ciencia española a nivel internacional.

Y aportando como posible solución: *Explorar el margen de regulación de que dispone el Estado español para adecuar el régimen de contratación pública de los centros de investigación y universidades a sus necesidades, dentro del marco de la normativa europea en contratación.*

Por otro lado, también la Conferencia de Rectores Universitarios Españoles (CRUE) ha creado una comisión específica para abordar esta cuestión y plantear ante el Gobierno su postura al respecto, acordando, por parte del Pleno de la Mesa de Gerentes de la CRUE un acuerdo al respecto. 12 de junio de 2018.

La incorporación de la Disposición adicional quincuagésima cuarta ha traído consigo la eliminación automática del principal elemento de controversia que existía en la norma para este tipo de adquisiciones; esto es, las obligaciones impuestas por el apartado tercero del artículo 118 LCSP, permitiendo así, la compra reiterada al mismo proveedor con independencia de que este haya sido adjudicatario previamente en adquisiciones realizadas por el mismo órgano de contratación -eliminación que se realizó *a posteriori*, con carácter general para todos los contratos de adjudicación directa en febrero de 2020⁴³⁸-.

Junto con esta facultad, los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, recuperan el límite económico de los 50.000 € establecido en el Texto Refundido de 2011 y, en aras de mantener cierta apariencia de control, se exige la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada, la necesidad del contrato así como indicar o justificar, que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los procedimientos establecidos en la norma, en relación al tipo de umbrales máximos que en cada caso corresponderían⁴³⁹.

3.3.1.4. Dos supuestos de excepción a la preparación y adjudicación de los contratos

Finalmente, queremos hacer mención a dos supuestos especialmente particulares que recoge la ley de contratos, en los que se exceptúan las reglas generales de preparación y adjudicación de los contratos. Entendemos que deben ser incorporados a este epígrafe ya que, a pesar de que no se trata de contratos menores en sentido estricto, la flexibilidad

⁴³⁸ A través de la Disposición Final 1ª del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la unión europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales

⁴³⁹ Al respecto se pueden consultar numerosos pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entre otros: Expediente 41/2017: Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP; Expediente 42/2017: Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP; Expediente 82/18: Dudas sobre los contratos de I+D+I, y Expediente 14/19: Interpretación de la DA 54ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

que se otorga al órgano contratante para eludir las reglas establecidas en la preparación y adjudicación de dichos contratos va mucho más allá incluso que la tan criticada permisibilidad para las contrataciones menores.

Ambos preceptos a los que nos vamos a referir, también se contemplaban en la regulación precedente y tenían su equivalente en la Disposición Adicional vigesimocuarta y en el artículo 304 TRLCSP respectivamente, por lo que no es novedosa su inclusión en la actual ley de contratos; sin embargo, no deja de sorprender que, habiendo dado por fin respuesta en la nueva Ley de contratos a una de las grandes reclamaciones del general de los operadores, en cuanto a la laxitud en el procedimiento de contratación menor, no se hayan acotado de ninguna manera los supuestos que veremos a continuación.

3.3.1.4.1. El Artículo 131.4 LCSP⁴⁴⁰

La primera de las excepciones, la encontramos para aquellas situaciones urgentes de asistencia sanitaria, cuyo valor estimado sea inferior a 30.000 €. El legislador admite que, en estos casos, la simple justificación de la urgencia sea elemento suficiente para que el órgano de contratación proceda a la adjudicación.

En este sentido, ha de entenderse comprendida dicha urgencia dentro de los supuestos recogidos en el artículo 119.1 LCSP con carácter general, según el cual *“podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público”*. Entendemos que esta *“asistencia sanitaria”* debería limitarse, en tanto que necesidad inaplazable o interés público, a supuestos de servicios o suministros, puesto que dichas causas pueden acontecer en casos de catástrofes, epidemias, virus,

⁴⁴⁰ Artículo 131.4 LCSP: *“En los contratos relativos a la y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato.*

Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución”.

pandemias, u otras situaciones similares de riesgo para la salud; y aplicarse muy excepcionalmente, -o incluso ser prácticamente, desechadas- en actuaciones que impliquen contrataciones de obras, gestión de servicios, etc.

Como se puede apreciar en el contenido de este artículo, cuando se establece que “*no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato*”; se prescinde del cumplimiento de los principios generales de la contratación -siempre y cuando el valor estimado sea inferior a 30.000 €- sobre el fundamento de la situación de urgencia sanitaria; permitiendo así obviar los principios de la contratación como la transparencia, el libre acceso a las licitaciones a los posibles interesados, la igualdad de trato entre los licitadores, etc. Únicamente se exige, y siempre que la urgencia esté debidamente justificada, la determinación del objeto de la prestación, fijar el precio a satisfacer y designar la empresa adjudicataria; eliminando así toda obligación previa de garantizar la disposición de crédito suficiente para la realización del gasto, e incluso las razones que justifiquen la selección del contratista⁴⁴¹.

3.3.1.4.2. El Artículo 310 LCSP⁴⁴²

La segunda de las excepciones se refiere a la contratación para actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de

⁴⁴¹ Al respecto resulta interesante el artículo de Domínguez Martín, M., “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50, Marzo, 2019.

⁴⁴² Artículo 310. Régimen de contratación para actividades docentes.

“1. En los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas, las disposiciones de esta Ley no serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato.

2. En esta clase de contratos podrá establecerse el pago parcial anticipado, previa constitución de garantía por parte del contratista, sin que pueda autorizarse su cesión.

3. Para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere este artículo, bastará la designación o nombramiento por autoridad competente”.

formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, por personas físicas, no jurídicas; y, en el mismo sentido que la anterior, admite eludir las reglas establecidas para la preparación y adjudicación de este tipo de contratos.

En cuanto a la referencia a la ejecución de dicha prestación exclusivamente, por personas físicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado al respecto⁴⁴³, puesto que, de la literalidad del precepto se entiende que se produce una exclusión de todos aquellos que lleven a cabo tales funciones como personas jurídicas en cuanto que desarrollen actividades empresariales o profesionales en las materias docentes referidas. Sin embargo, en palabras de la JCCA, *“la interpretación literal no es la única que admite nuestro ordenamiento jurídico, sino que el propio artículo 3 del Código Civil permite acudir a la interpretación histórica, a la sistemática o a la teleológica, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma⁴⁴⁴”*; y sobre esta base, entiende que el precepto mencionado ha querido referirse a las personas físicas no porque materialmente la actividad desarrollada sea diferente de la que pueda desarrollar una persona jurídica, ni tampoco porque exista alguna razón que justifique tratar de modo diferenciado a una persona jurídica y a una persona física que desarrolle una actividad profesional o empresarial; sino porque *“el supuesto más normal de contratación en estos casos es que se trate de una persona natural contratada por sus conocimientos o experiencia en una determinada materia sin que tal persona se dedique profesionalmente a la impartición de formación especializada o a la de cursos, seminarios, conferencias etc.”*.

⁴⁴³ Informe 37/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 16 de marzo de 2020. Asunto: Diversas cuestiones relacionadas con el artículo 310 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en que analiza las cuestiones planteadas desde la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local en su condición de Organismo Intermedio de la Autoridad de Gestión de diferentes Programas Operativos del Fondo social europeo y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, dirigidos a Entidades locales.

⁴⁴⁴ Nuevamente, Informe 37/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 16 de marzo de 2020, p. 7 *in fine*.

Junto a esta disyuntiva sobre qué tipo de persona puede llevar a cabo este tipo de prestación exceptuada de la regla general y, al contrario de lo que ocurre en la regulación para los supuestos urgentes de asistencia sanitaria⁴⁴⁵, en este caso sorprende la falta de alusión a una cuantía económica máxima como límite para poder llevar a cabo la adjudicación.

Al respecto, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación del Estado⁴⁴⁶, sobre una consulta planteada por ISDEFE (Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A., S.M.E., M.P.) referida a la aplicación de dicho precepto a los poderes adjudicadores que no tienen carácter de Administración Pública (PANAPS). En concreto, cuestiona si, a tenor lo dispuesto en los artículos 317 y 318 LCSP -referidos a la regulación de las normas aplicables a la preparación y adjudicación de los contratos que estén sujetos o no, a regulación armonizada para las PANAPS- cabría la aplicación a estas de la excepción del artículo 310 LCSP aplicable a los contratos de la Administración, cuyo régimen de contratación pública es más riguroso que el aplicable por aquellas; o si por el contrario, dado que la ubicación de este régimen especial previsto en el artículo 310 LCSP no está incorporado dentro del Título I del Libro Tercero de la Ley y que determina las normas aplicables a los Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, estos deberían aplicar el mismo procedimiento que corresponda a un contrato de servicios distinto a los previstos en el artículo 310 LCSP para el supuesto previsto en el citado artículo.

La Junta Consultiva, trata de aclarar la “*notable imprecisión terminológica*” de que adolece la norma en cada uno de sus apartados. En el primero de ellos, se entremezcla el espacio de la prestación de las actividades docentes, -haciendo una clara referencia a centros del sector público, concepto este último claramente más

⁴⁴⁵ Curiosamente, el artículo 131.3 LCSP, exceptúa la aplicación de las disposiciones generales relativas a la preparación y la adjudicación de los contratos, a aquellos contratos referidos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia con un valor estimado inferior a 30.000 €.

⁴⁴⁶ Informe 91/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018. Asunto: Aplicación del artículo 310 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. ISDEFE.

amplio que el de Administración Pública- con los destinatarios de las mismas, al referirse a la formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración. Al respecto entiende esta Junta Consultiva que *“no parece que el legislador quiera que este precepto se interprete de modo literal porque si así se hiciera habría que ceñir su aplicación a casos en que la actividad docente se desarrolle en centros del sector público, pero limitada a la formación de personal perteneciente a las Administraciones Públicas en sentido estricto. Parece, por el contrario, que se trata de una referencia general, no técnica, al personal de las entidades del sector público a las que aludía con anterioridad”*.

En cuanto a la ubicación del precepto unido a la referencia del legislador en el apartado tercero del mismo a la adjudicación del contrato por *autoridad competente* la Junta Consultiva quiere entender respecto a la ubicación del artículo referido, que *“no tendría ningún sentido que la excepción establecida para el conjunto de contratos que afecta a este específico tipo de prestaciones beneficie a las entidades del sector público que están afectadas de un modo más intenso por la aplicación de las reglas sobre selección del contratista de la Ley (las Administraciones Públicas), y no beneficie a aquellas entidades del sector público en las que el rigor de la ley se relaja en alguna medida”*; y en cuanto a la utilización del concepto de autoridad competente, señala que no ha de realizarse una interpretación estricta sino que la expresión está empleada en términos coloquiales y por tanto la voluntad del legislador abarca también a los órganos de contratación del resto de las entidades del sector público.

Y, por tanto, concluye que *“la congruencia en la regulación de los distintos tipos de entidades contratantes exige que la exclusión de la aplicación de la ley para un determinado tipo de contratos por razón de la naturaleza de las prestaciones que constituyen su objeto alcance, no sólo a las Administraciones Públicas expresamente mencionadas en el artículo 310, sino también a las restantes entidades del sector público, ya que, no atisba ninguna razón técnica que justifique el mantenimiento de esta exclusión sólo para las Administraciones Públicas y no para el resto del sector público. Si este tipo de contratos no está sujeto a las reglas de la ley sobre preparación y adjudicación de los contratos de servicios de las Administraciones Públicas, tampoco debe estarlo en el caso de entidades distintas”*.

En conclusión, y como acabamos de ver, la ley de contratos permite cierta laxitud en varios supuestos que, a pesar de no identificarse plenamente con el procedimiento del contrato menor, se asemejan mucho a él y, además, gozan de una permisividad aún más desahogada que la recogida en la tan puesta en entredicho, regulación menor.

3.3.1.5. Análisis del controvertido artículo 118.3 LCSP

No podemos avanzar en este estudio sobre la figura del contrato menor en nuestro ordenamiento jurídico sin analizar previamente, los elementos de mayor trascendencia que le son propios. Como hemos indicado al inicio de este capítulo, de la totalidad de preceptos que, de una manera u otra se refieren a este sistema de contratación en la LCSP 17, el artículo 118 LCSP es el exponente principal de esta nueva regulación; siendo el apartado tercero del mismo, el que mayor controversia está generando y al que sin duda, se le atribuyen todas las dificultades para su correcta aplicación.

Como ya hemos puesto de manifiesto previamente en este estudio, sobre la premisa de lograr una mayor agilidad en la contratación y cubrir de manera casi inmediata las necesidades de los órganos de contratación que en cada caso resulten necesarias, el contrato menor ha gozado hasta la entrada en vigor de la nueva ley, de la facultad de no estar sometido a muchos de los principios generales de la contratación; sin embargo, esta transigencia, aunque no ha sido eliminada por completo, se ha visto intensamente mermada desde el pasado 8 de marzo de 2018, como consecuencia de la inclusión de nuevas exigencias en su regulación; aunque algunas, fueron posteriormente eliminadas como veremos a continuación.

La nueva redacción del precepto conserva todas las reglas que ya figuraban en sus predecesoras, esto es, unos límites económicos por encima de los cuales no se puede llevar a cabo una contratación a través de este procedimiento⁴⁴⁷, el plazo máximo de duración de un año o la obligación de que el empresario adjudicatario cuente con la

⁴⁴⁷ Límites que se han visto reducidos a un valor estimado inferior a 40.000 € en contratos de obras, e inferior a 15.000 € en contratos de servicios y suministros; frente a los 50.000 € y 18.000 € respectivamente que establecía el TRLCSP.

habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Por lo tanto, la principal alteración recogida en la figura del contrato menor tras la entrada en vigor de la LCSP es la que afecta a los cambios en la tramitación del expediente y la trascendencia que los mismos implican para los órganos de contratación.

Si bien como hemos señalado, se conservan ciertos aspectos traídos de la ley anterior, se incorporan varios elementos novedosos que, con la finalidad de restringir el uso abusivo de este procedimiento, han alterado la tranquilidad que otorgaba la existencia de un instrumento ágil para el sistema, en el que no era necesario realizar una planificación más o menos exhaustiva de los contratos a celebrar por cada administración, o justificar la necesidad real de celebrar un contrato menor.

Por todo ello, las innumerables críticas a este procedimiento -al respecto, el Prof. GIMENO FELIÚ ha manifestado en varias ocasiones la opacidad de esta figura, y la resistencia de las administraciones a usar otros procedimientos más competitivos, generando así una reducción en la transparencia de las contrataciones públicas en España⁴⁴⁸- y las múltiples sentencias y resoluciones judiciales que se han dictado a lo largo de los años, en las que quedaba patente la utilización abusiva de este procedimiento⁴⁴⁹, han sido el impulso

⁴⁴⁸ Artículo de opinión del 22 de marzo de 2019 en el periódico Cinco Días, donde, al respecto de la transparencia en la contratación pública señala que *el gran debate es el contrato menor, que es el más opaco y, muchas administraciones se niegan a usar otros*. Así mismo, en el periódico digital economía3.com, de 21 de marzo de 2019 señalaba que:

Una de las resistencias que más se puede observar con la aplicación de la nueva ley es que a las administraciones públicas les sigue gustando mucho el contrato menor como un sistema muy ágil de adjudicación directa. Esa instrucción (refiriéndose a la Instrucción 1/2019, DE 28 de febrero sobre contratos menores, regulados en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación) lo que pretende es aclarar lo que dice la Ley, que es limitar la posibilidad del contrato menor con la utilización de otros procedimientos competitivos. Aclarar cuando se puede utilizar y cómo se puede utilizar con la intención de que no haya 'dedazos'.

Eso ha generado ciertas respuestas en diversos sectores que entienden que eso va en contra de la agilidad, pero a mi me parece un acierto el contenido, aunque pueda parecer que se extralimitará en la medida que pide mucha más concurrencia, de la instrucción que ha aprobado este órgano independiente.

⁴⁴⁹ Numerosa es la jurisprudencia en la materia, traemos ahora las siguientes referencias:

definitivo para realizar una modificación tan reclamada desde diferentes sectores, recayendo ésta fundamentalmente, en la exigencia a los órganos de contratación del cumplimiento de nuevos requisitos previos a la adjudicación y que necesariamente deben incorporarse al expediente.

Así, mientras que en la anterior regulación, el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre⁴⁵⁰ -en adelante TRLCSP- apenas establecía ciertos requisitos que debían figurar en el expediente de contratación⁴⁵¹, la actual regulación -recogida en el artículo 118 LCSP- incrementa notablemente la documentación y contenido que ha de configurar el expediente de un contrato menor, siendo el alcance de los mismos fundamental para su posible adjudicación, en cuanto a

-Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) Sentencia núm.56/2018 Rec. 526/2017 de 7 de febrero. Que condeno al titular de la concejalía de Comercio del Ayuntamiento de Alicante, entre otros, por la contratación mediante la vía del contrato menor de distintos servicios con diferentes empresas, concretados en veinticinco operaciones y facturas, por un importe global de 189.762,86 euros.

Tribunal Supremo:

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal Madrid, Sección 1ª) Casación. Sentencia núm. 429/2017 de 7 de febrero. Con relación a la contratación por el Ayuntamiento de Puerto Serrano a la esposa del alcalde, la igualmente acusada, Guadalupe y prevaliéndose ambos de su participación en los procedimientos de adjudicación que se tramitaban en dicho Ayuntamiento, celebraron una serie de contratos menores de suministro de flores, plantas y artículos de papelería con la "Floristería Isabel" que regentaba la esposa del alcalde.

-Juzgado de lo Penal Ourense nº 2 (Procedimiento abreviado y sumario) Sentencia núm. 12/2018, de 23 de febrero. En la que se condena por un delito de prevaricación administrativa al alcalde del Ayuntamiento de orense, entre otros, por la contratación de mediante un contrato menor, desempeñando una asistencia técnica los tres arquitectos hasta el 31 de diciembre del 2010, plazo a partir del cual siguieron desempeñando sus funciones sin que exista acuerdo administrativo alguno, produciéndose posteriormente una resolución de prórroga mensual respecto de los mismos.

⁴⁵⁰ Artículo 111. Expediente de contratación en contratos menores.

1. En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

⁴⁵¹ La aprobación del gasto y la incorporación de la factura con carácter general, y además, cuando se tratase de un contrato menor de obras, también debía constar en el expediente, el presupuesto de las mismas y el correspondiente proyecto en caso de que normas específicas así lo requirieran.

las responsabilidades que subyacen a ellos para los órganos de contratación y sus gestores; e impidiendo, en caso de incumplimiento de las exigencias establecidas, la adjudicación a favor de un determinado contratista⁴⁵².

Veamos a continuación estas nuevas exigencias que deberán integrar cualquier expediente de un contrato menor, así como su problemática y las posibles respuestas que se han dado en la práctica diaria:

3.3.1.5.A. Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato

Las principales innovaciones en el expediente del contrato menor se introdujeron en la ley de 2017 con la incorporación del apartado tercero del artículo 118 LCSP, actualmente derogado por el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero de 2020, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; sin embargo, el aún vigente segundo párrafo del apartado primero de dicho precepto también aporta una importante novedad.

Como ya se ha indicado, en la anterior regulación no existía la necesidad de motivar las causas para la celebración de un contrato menor, sin embargo, resulta ahora imprescindible que en el expediente figure un informe del órgano de contratación justificando la necesidad de la contratación pretendida; y ello, en base a la obligación que le corresponde a todo poder adjudicador de poner de manifiesto, y de manera motivada, las razones sobre las que fundamenta la voluntad contractual⁴⁵³,

⁴⁵² Si bien, la Ley Foral 2/2018m de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra, mantiene la regulación del TRLCSP al respecto, para los que denomina contratos de menor cuantía, al establecer en su artículo 81.2. que “*la tramitación del contrato(menor) sólo exigirá la previa reserva de crédito, si fuese necesario conforme a la normativa presupuestaria y contable aplicable al poder adjudicador del que forma parte el órgano de contratación, y la presentación de la correspondiente factura*”.

⁴⁵³ Motivación que viene establecida en el artículo 88.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y que se basa en la obligación de las Administraciones públicas de servir con objetividad los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho; tal y como se establece en el artículo 103 CE y en el 3.1 Ley 40/2015, de 1 de

frente a la posible arbitrariedad de los contratos públicos; y de cuya obligación, hasta la entrada en vigor de esta exigencia, los contratos menores estaban eximidos.

Al respecto de la necesidad de motivar cualquier actuación administrativa y, específica la actividad contractual, que se asimila a este respecto, tal vez con poco rigor técnico, a un acto administrativo, el propio Tribunal Supremo⁴⁵⁴ ha señalado que *«La motivación constituye un requisito imprescindible en todo acto administrativo en la medida en que supone la exteriorización de las razones que sirven de justificación o fundamento a la concreta solución jurídica adoptada por la Administración. Este requisito, de obligado cumplimiento en el específico marco que nos movemos conforme preceptúa el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta de especial relevancia desde la perspectiva de la defensa del administrado ya que es la explicitación o exteriorización de las razones de la decisión administrativa la que le permita articular los concretos medios y argumentos defensivos que a su derecho interese y, además, permite que los tribunales puedan efectuar el oportuno control jurisdiccional. La exigencia de motivación no exige, empero, una argumentación extensa, sino que, por contra, basta con una justificación razonable y suficiente que contenga los presupuestos de hecho y los fundamentos de Derecho que justifican la concreta solución adoptada»*⁴⁵⁵.

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; todo ello, sobre la base de nuestra norma magna (artículo 1.1 CE).

⁴⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 713/2020, de 9 de julio de 2020. Nº Recurso 392/2018. Al respecto de la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2, de Madrid a Guadalajara, y de circunvalación a Madrid M-50, sub-tramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I.

⁴⁵⁵ En el mismo sentido, otras sentencias como la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 77/2000, de 27 de marzo de 2000. Recurso de amparo 3.791/1995; se han referido a la necesaria motivación de los actos administrativos como elemento de garantía frente a la posible actuación arbitraria de las administraciones públicas; al señalar que *«La motivación no consiste ni puede consistir, por tanto, en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que esta —en su caso— ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad»*.

Como consecuencia de esta nueva exigencia, que supone para los gestores administrativos un elemento más a incorporar en el expediente de contratación menor y consecuentemente, genera cierta ralentización del mismo; entendemos que, al menos desde el punto de vista de quien suscribe, se trata de un elemento esencial para iniciar la tramitación del expediente puesto que no es sino el elemento habilitante del órgano de contratación⁴⁵⁶ para poder alcanzar la consecución de la prestación del servicio público que se pretenda facilitar a los administrados en cada caso; y por tanto no puede prescindirse del mismo.

3.3.1.5.B. El órgano de contratación como emisor del informe

No cabe duda de que no ha pasado inadvertido en absoluto que la figura del órgano de contratación en la contratación menor ha cobrado una mayor implicación de la que venía asumiendo hasta ahora, puesto que se ha convertido tanto en el postulante del contrato como en el garante del cumplimiento de las reglas del procedimiento. Ahora bien, ¿es posible entender que, en todo caso, el informe de necesidad ha de ser emitido por el propio órgano de contratación?

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, -esta es, la que atribuye al órgano de contratación la comprobación del cumplimiento de las reglas del procedimiento- ha sido objeto de análisis por parte de las diferentes Recomendaciones, Dictámenes e Informes de las Juntas Consultivas que han desgornado el artículo 118 LCSP; y en alguno de dichos análisis, se ha apuntado a la posibilidad de que no sea el propio órgano el encargado de tal comprobación, sino que puede serlo quien tenga las competencias delegadas⁴⁵⁷. Por tanto, desde un punto

⁴⁵⁶ Al respecto, entiende Meilán Gil, J.L. que lo característico del servicio público como categoría jurídica diferenciada, es su configuración como título habilitante de potestades administrativas o, en otras palabras, la justificación de la acción del poder público; siendo por tanto la prestación del servicio público en sí mismo, lo que atribuye al poder público causa para su actuación. “El derecho público en el Derecho actual”, *Anuario da Facultade de Dereito. Universidad de La Coruña*, nº 1, pp. 371-386, 2017.

⁴⁵⁷ En este sentido, el Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sobre aspectos concretos de los contratos menores, órgano de contratación y publicidad, se refiere a esta cuestión e indica que, en base a la diferencia entre delegación y desconcentración recogida en artículo 8 de la LRJSP (según el cual, mientras que en la primera el órgano delegante conserva la titularidad y por tanto

de vista pragmático, parece lógico que quien ha de iniciar el expediente sea quien tenga las competencias delegadas y no así, por el propio órgano de contratación delegante de aquellas, atendiendo, por tanto, a la naturaleza ágil propia de este procedimiento.

3.3.1.5.C. Una motivación real, detallada y precisa de la necesidad de contratar

En cuanto a la obligación de la motivación para llevar a cabo la contratación, esta no ha de basarse en una mera imposibilidad de la administración de turno para cubrir la prestación referida, basando la justificación de la contratación en la falta de medios propios. Este tipo de justificaciones genéricas y vacuas, que pueden servir para cumplir la obligación impuesta en la ley en sentido estricto, no pueden resultar válidas para atender al espíritu de la misma puesto que, a pesar de que en tal caso se estaría cubriendo el requisito formal mediante la existencia de un informe justificado y motivado de la necesidad, dicha justificación carece de todo sostén y fundamento, puesto que se encuentra privado de un auténtico fundamento y por tanto, no se estaría atendiendo a la voluntad de la norma. Esta, sin embargo, es una realidad diaria con la que nos encontramos en los informes-propuestas de necesidad redactados desde los servicios proponentes en las distintas administraciones públicas y que suponen una lucha constante cuya importancia no es entendida, habitualmente, ni por parte de los técnicos proponentes ni por parte de los responsables políticos firmantes de dichas propuestas.

las actuaciones llevadas a cabo por el órgano delegado se entienden realizadas por el delegante; en la desconcentración hay un traspaso de la titularidad propiamente dicha y no son atribuibles al delegante sus actuaciones) nada impide que la obligación de la comprobación del cumplimiento de los límites establecidos en la ley, se lleven a cabo por cada uno de los órganos que actúan por delegación del principal; atribuyéndose, por tanto, la posibilidad de realizar contratos menores hasta los límites indicados por cada uno de ellos.

3.3.1.5.D. Justificaciones de no existencia de fraccionamiento del contrato y el cumplimiento de los límites de adjudicación a un mismo empresario

Sin duda, el contenido del apartado tercero del artículo 118 LCSP, es el precepto que más atención ha recibido desde la publicación de la Ley y, hasta su eliminación en febrero de 2020 con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero; especialmente desde las diferentes Juntas Consultivas cuyos pronunciamientos emitidos hasta la fecha sobre este artículo, se centran fundamentalmente en este apartado. No en vano, ha supuesto un cambio radical en la contratación menor, el cual resulta, para muchas de nuestras administraciones, el procedimiento utilizado como regla general e incluso, puede llegar a ser el único.

Dos eran las justificaciones exigidas en la redacción inicial de la LCSP para poder llevar a cabo la adjudicación de un contrato menor; por un lado la necesaria justificación de no estar alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación⁴⁵⁸, y por otro, la de no haber suscrito más contratos menores con el mismo empresario que individual o conjuntamente superasen las cuantías máximas de valor estimado indicadas en el apartado primero del artículo 118 LCSP; sin embargo, a pesar de que esta última exigencia ha sido eliminada en la nueva redacción del precepto⁴⁵⁹, entendemos que es necesario su análisis para comprender cómo ha sido la evolución de esta figura⁴⁶⁰, y por qué no decirlo, su involución⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Si bien no se trata de una novedad en la posible aplicación de este procedimiento contractual, la novedad se encuentra en que debe constar en el expediente justificación expresa de que no se está llevando a cabo dicha contratación con la finalidad de eludir otro procedimiento y, por tanto, fraccionando el objeto del contrato.

⁴⁵⁹ Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

⁴⁶⁰ Nos referimos al desarrollo parlamentario que dio lugar a esta redacción del precepto y cuyo análisis hemos realizado en el apartado 3.2. de este mismo capítulo.

⁴⁶¹ Y ello porque en nuestra opinión, aunque ciertas exigencias iniciales en la redacción del precepto habían superado la agilidad procedimental de este instrumento contractual; lo cierto es que la eliminación de ciertos elementos ha supuesto una derrota del legislador que ha optado por plegarse a las voluntades y presiones de quienes más ruido han hecho, en lugar de llevar a cabo un ajuste y una redacción clarificadora de aquellos aspectos que el precepto dejaba confusos.

3.3.1.5.E. Justificación de no estar alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación

La prohibición de alterar el objeto del contrato que ahora analizamos no resulta una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, dado que, una de las normas generales de la contratación pública asentada a lo largo de los años, ha sido la prohibición de fraccionar el contrato con la intención de evitar aplicar el procedimiento legalmente establecido⁴⁶².

La regulación al respecto, contemplada en el apartado 2 del artículo 118 LCSP⁴⁶³, debe vincularse directamente con lo establecido en el artículo 99 LCSP, con carácter general para todas las contrataciones, esto es, que *no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*⁴⁶⁴; sin embargo, sí contempla la división en lotes como regla general⁴⁶⁵, como una medida concreta para

⁴⁶² Al respecto de esta cuestión, ha sido prolífica la pronunciación de los Tribunales a lo largo de los años. Tribunales en asuntos como los siguientes:

-Sentencia del Tribunal Supremo nº 512/2015, de 1 de julio de 2015 Nº Recurso 2284/2014. Resolución nº 512/2015.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012. Comisión Europea/República Federal de Alemania (Asunto C-574/10) (1) DO C 73. 12.03.2011. La República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 9 y 20, en relación con los artículos 23 a 53 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debido al hecho de que el municipio de Niedernhausen adjudicó, sin licitación pública llevada a cabo a escala de la Unión Europea, un contrato de servicios de arquitectura relativos a la renovación de un edificio público denominado «Autalhalle», sito en el territorio de dicho municipio, cuyo valor sobrepasaba el umbral fijado en el artículo 7, letra b), de la citada Directiva.

-Sentencia del Tribunal Supremo nº 872/2016, 18 de noviembre de 2016. Recurso 407/2016. Resolución nº 872/2016.

⁴⁶³ Artículo 118.2 LCSP: “*En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior*”.

⁴⁶⁴ Artículo 99.2 LCSP.

⁴⁶⁵ Novedad introducida en nuestro ordenamiento (artículo 99.3 LCSP) por la transposición de la Directiva 2014/24/UE, cuando en su Considerando 78 propone que, para aumentar la competencia *procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes*; y que se traslada al apartado 1 del art. 46 de la directiva, al establecer que “*los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes*”; y que sería reproducida, casi literalmente, en el art. 65 de la Directiva 2014/25/UE.

cubrir la reivindicación planteada por las PYMEs de incrementar su posible participación en las compras públicas⁴⁶⁶, lo que se completa con la necesidad de justificar debidamente en el expediente las causas para no proceder a la división en lotes del contrato⁴⁶⁷; enumerando también la norma los que serían motivos válidos para justificar el incumplimiento de dicha obligación⁴⁶⁸.

Respecto a lo que habría que plantearse si, en el caso de los contratos menores, cabe la posibilidad de realizar lotes. Entendemos que al legislador le preocupa que la alteración del objeto del contrato, como queda de manifiesto en la redacción del precepto, pueda suponer la aplicación de un contrato menor en lugar del procedimiento público y transparente que correspondería en función de su cuantía. Ahora bien, queremos plantear en este punto, si resultaría posible la división en lotes de una contratación menor, para dar

⁴⁶⁶ Una de las causas que las propias PYMEs han señalado de manera recurrente como un obstáculo para acceder a la contratación pública, es *la gran envergadura de los contratos*, a la que se ha dado respuesta a través de la división en lotes de los contratos como regla general. Dichas reivindicaciones se han reflejado a lo largo de los años en estudios como el “*Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*”, de los servicios de la Comisión, del año 2008; o el “*Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*” del año 2011, de la Comisión Europea, en el que indica que “*Las PYME, con su gran potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, son consideradas la espina dorsal de la economía de la Unión Europea*”.

También a nivel nacional, encontramos referencias sobre la importancia en el tejido empresarial de las PYMEs en estudios consolidados como el elaborado por la Dirección General de Política de la PYME, perteneciente al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, titulado “*Fomento de la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública*”, del año 2005; o el estudio “*Retrato de las PYME 2015*”, llevado a cabo desde la Dirección General de Industria y de la PYME-Subdirección General de Apoyo a la PYME.

⁴⁶⁷ Sobre los posibles criterios para limitar el número de lotes a los que las empresas se pueden presentar, consultar la nota informativa 2/2014, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, pp. 5 y 6.

⁴⁶⁸ Artículo 99.3 LCSP, párrafo tercero: “*En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:*

a) *El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

b) *El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.*

cabida a una mayor participación empresarial. Entendemos que, si bien el propósito es del todo lícito y ajustado a la finalidad del artículo 99 LCSP anteriormente señalado, resultaría extremadamente difícil su justificación en una adjudicación directa.

Cuestión distinta sería que tal pretensión se llevara a cabo en aquellos supuestos en los que la administración contratante, realizara la licitación del contrato menor y en el mismo, divida las prestaciones del total a adjudicar, favoreciendo simultáneamente -sin que por ello se produzca un fraccionamiento del objeto del contrato- un incremento en la participación del mercado empresarial, puesto que, al dar publicidad y transparencia al procedimiento, en lugar de realizar varias adjudicaciones menores para eludir un procedimiento sometido a los principios generales de la contratación, el órgano de contratación favorece de manera voluntaria ese sometimiento a los principios ya que, donde podría hacer una adjudicación, realiza varias para impulsar el mercado, pero dando publicidad y beneficiando la concurrencia; y respetando en todo caso, las normas para no incurrir en un fraccionamiento del contrato; es decir, que dividiera en lotes la contratación menor. Este supuesto, únicamente cabría a mi modo de ver, en las contrataciones menores que se someten a licitación pública.

Así, por ejemplo, planteada la necesidad de adquirir diferentes tipos de licencias informáticas para una misma administración, en la que, la cuantía global no superara los límites de un contrato menor, cabría la posibilidad de dividir dicho contrato menor en lotes, agrupando las licencias por tipo y licitando de manera conjunta un único contrato menor con varios lotes para permitir el acceso a diferentes empresas y al mismo tiempo, no realizar un fraccionamiento del objeto del contrato.

En el mismo sentido, otro ejemplo serían las necesidades de un departamento para atender el fomento y la promoción medioambiental de los ciudadanos, que solicita la adquisición de diversos materiales tales como bolsas de tela para la compra, contenedores de reciclaje de residuos orgánicos para los hogares, botellas de vidrio, tazas de fibra natural de bambú, porta bocadillos, etc. cuya cuantía global no superaría los límites del contrato menor y que, vista la diversidad de necesidades con un mismo objeto, permitiría dividir en lotes el contrato y ofertar al mercado la participación de diferentes empresas.

Pues bien, volviendo a la necesidad de justificar la no división del objeto del contrato en el expediente de contratación menor, ha resultado objeto de controversia la cuestión sobre quién y en qué momento va a realizar la comprobación de que realmente se cumple tal obligación. Así, volviendo al aumento de responsabilidades que se atribuyen al órgano

de contratación en esta nueva era del contrato menor y, conforme a lo indicado en el propio cuerpo de la ley, *el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla*; por tanto, deberá ser este órgano -o aquel en quién haya delegado las correspondientes competencias- el responsable de tal comprobación. Ahora bien, el momento de realizar la comprobación de la no alteración del objeto del contrato no puede ser otro que antes de la propuesta de inicio de la contratación y la misma debe incluirse en el informe emitido también por éste, motivando la necesidad del contrato e indicando que dicho extremo se ha comprobado, puesto que su emisión en un momento posterior del procedimiento no tendría ningún sentido, ya que en caso de haberse producido un fraccionamiento del objeto del contrato, la contratación no se podría llevar a efecto, lo cual supondría una carga de trabajo innecesaria y demostraría una profunda falta de planificación.

A todas estas actuaciones sobre la justificación de no alteración del objeto del contrato, debe sumarse, además, una última exigencia que deberá llevarse a cabo desde el servicio jurídico del órgano de contratación, como indica el artículo 122.7 LCSP⁴⁶⁹ y que consiste en la elaboración de un informe previo del expediente de contratación, referido a todos sus extremos.

Por lo que se refiere a las particularidades propias de las Entidades locales, al respecto existe regulación expresa contenida en la Disposición Adicional Tercera de la norma, y que en su apartado octavo señala que, *los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de los expedientes...*

Pareciera por tanto que se exigen, en este caso dos informes; por un lado, el recogido en el artículo 122.7 de la Ley referido al contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y, por otro, el informe jurídico en la aprobación del expediente de contratación, para las Entidades locales. Al respecto se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe emitido en el expediente

⁴⁶⁹ Artículo 122.7 LCSP: “*En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, la aprobación de los pliegos y de los modelos requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo. Este informe no será necesario cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe*”.

64/2018, de 10 de octubre de 2018, señalando efectivamente la obligación de la emisión de ambos informes por parte del Secretario⁴⁷⁰, aunque favoreciendo la posibilidad de unificar ambos en un solo trámite por razones de economía procesal dado que “*la propia dinámica del procedimiento de preparación del contrato público permite razonablemente no separar ambos actos e informar, en pronunciamientos distintos y mediante informes distintos, sobre las dos cuestiones que corresponden a la competencia del Secretario en este punto. La propia celeridad del procedimiento puede aconsejarlo en determinados casos*”.

Por lo que se refiere a la evacuación de estos informes en los casos de los contratos menores, ha sido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad

⁴⁷⁰ Según el cuál: *La inclusión de la nueva regla alusiva a actos jurídicos concretos del expediente de contratación que exigen el informe del Secretario, unida a la utilización de adverbio “también”, nos permite atisbar la intención del legislador en el sentido de agregar ciertas decisiones de la vida del contrato público que, en el caso de la contratación de las Corporaciones Locales, precisan un informe jurídico específico.*

Entre estos supuestos se incluye el informe jurídico que el Secretario ha de realizar, como dice la ley, en el expediente de contratación.

Es cierto que en el ámbito de la contratación del Estado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya prevé conforme al artículo 122.7 la evacuación de un informe jurídico especial y concreto, que en este caso versa sobre los pliegos y los modelos de pliegos. Ahora bien, el literal del precepto apunta a interpretar que el informe preceptivo al que alude la DA 3a va más allá de este informe ya previsto para los pliegos y no sólo porque el término “también” es suficientemente expresivo de la intención del legislador, sino porque además el ámbito del informe alcanza al expediente de contratación en su conjunto frente a la mera aprobación de los pliegos y de los modelos de pliego....

...Por otro lado, de los precedentes normativos y del sentido de los términos del precepto, así como de la intención del legislador se deduce que la interpretación correcta del mismo es precisamente que el informe jurídico en este caso debe recabarse no sólo respecto de los pliegos y de los modelos de pliego sometidos a aprobación, sino también sobre la legalidad de las actuaciones necesarias para la aprobación de los expedientes de contratación. Si la intención de la norma hubiera sido la de referirse al informe ya previsto para los pliegos cabría colegir que el redactor de la norma lo hubiera especificado así.

Por lo tanto, la conclusión que deriva de la nueva redacción es que el Secretario debe informar, por una parte los pliegos, tal como exige la ley respecto de todas las Administraciones Públicas y, por otra parte la aprobación del expediente, al haber sido explicitada en la DA 3a la necesidad de este informe.

de Cataluña⁴⁷¹, la que ha abordado la cuestión respecto a la posibilidad de exceptuar dicha obligación en este tipo de procedimientos en el ámbito local.

Partiendo de la exigencia establecida en el apartado 8 de la Disposición adicional tercera de la LCSP⁴⁷² que, con carácter general para todo tipo de procedimientos señala: “*Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario*” y que “*será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos*”; entiende que esta exigencia se hace extensible también a los contratos menores⁴⁷³, y va más allá, haciendo extensible tal obligación a todos los municipios con independencia de su tamaño⁴⁷⁴. Ahora bien, admite que, para cumplir con la finalidad a la que aspira este procedimiento, a través de la agilidad procedimental, la redacción de los informes exigidos se podrá llevar a cabo *conjuntamente, en un único documento, con los otros pronunciamientos jurídicos que, si es el caso, se emitan al respecto del expediente*⁴⁷⁵; e

⁴⁷¹ Informe 7/2019, de 3 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) Asunto: Obligatoriedad del informe jurídico de la Secretaría en la aprobación de los expedientes de contratación menor de las entidades locales.

⁴⁷² Disposición adicional tercera de la ley de Contratos del Sector Público. Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales.

⁴⁷³ *Así, hay que entender que la obligación prevista en la disposición adicional tercera de la LCSP no se puede considerar exceptuada para el caso de los contratos menores, principalmente por el tenor literal de la disposición, que no da lugar a interpretaciones –al establecerse, como se ha dicho, en la aprobación de los expedientes de contratación en el ámbito local sin ninguna distinción en función del valor estimado de los contratos; como también a la vista de la nueva regulación de la contratación menor, que amplía las exigencias para su utilización –y en consecuencia el contenido del expediente– en pro de su utilización correcta, de la seguridad jurídica y de la garantía de la integridad.*

⁴⁷⁴ *Por lo tanto, la obligación de emitir informe jurídico de la Secretaría de las entidades locales, establecida en el apartado 8 de la disposición adicional tercera de la LCSP, se aplica con independencia del número de habitantes del municipio, si bien en municipios de gran población en vez de emitirlo el Secretario o la Secretaria lo tiene que emitir la persona titular de la asesoría jurídica.*

⁴⁷⁵ Al respecto avala esta opinión en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emitido en el informe 64/18, de 10 de octubre de 2018, según el cual, respecto de esta posibilidad señala que –si bien en relación con licitaciones que se rigen por los pliegos–, que “la propia dinámica del procedimiento de preparación del contrato público permite razonablemente no separar ambos actos e informar, en pronunciamientos distintos y mediante informes distintos, sobre las dos cuestiones que corresponden en la competencia del Secretario en este punto. La propia celeridad del procedimiento puede aconsejarlo en determinados casos”.

incluso, contempla la posibilidad de sustituir dicho informe por una nota de conformidad⁴⁷⁶, tal y como se contempla para la emisión de informes por parte de los funcionarios de la administración local con habilitación de carácter nacional⁴⁷⁷.

Más recientemente, y en este mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁴⁷⁸ ha reiterado esta obligación al considerar que obedece a la especial configuración y características de la contratación de las entidades locales, y entendiendo que el legislador quiso que en los expedientes de contratación de las entidades locales existiera un informe del Secretario *que explicase jurídicamente la corrección del expediente*, puesto que, a pesar de que el artículo 118 LCSP, no mencione expresamente la emisión de este informe, *no cabe duda de que la voluntad de la ley es que cuando contrate una entidad local el Secretario se pronuncie también sobre la corrección del expediente*; si bien, aclara que, puesto que la tramitación de los contratos menores ha de ser muy rápida, *la emisión de cualquier informe, sea el de necesidad del contrato, el de respeto a la integridad del objeto, o el del Secretario sobre el expediente, no deberían tener una especial complejidad ni retrasar en modo alguno la tramitación del procedimiento*⁴⁷⁹.

Por tanto, según se extrae de las interpretaciones de las diferentes JJCC, las exigencias en cuanto al análisis de la legalidad de cualquier expediente de contratación en el ámbito local, incluyen también a los contratos menores con independencia del tamaño del municipio; si bien, para que no se pierda la agilidad propia de este tipo de procedimiento, se acepta la posibilidad de unificar el informe que justifica la necesidad del contrato junto

⁴⁷⁶ Tal y como se indica en el Informe 21/2021, de 14 de junio de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: *“La aplicación en estos casos de la posibilidad prevista en la normativa reguladora del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, de sustituir el informe del Secretario por una nota de conformidad se considera adecuada e, incluso, necesaria, para preservar la agilidad que debe caracterizar los contratos menores”*.

⁴⁷⁷ Artículo 3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional: *“4. La emisión del informe del Secretario podrá consistir en una nota de conformidad en relación con los informes que hayan sido emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento y que figuren como informes jurídicos en el expediente”*.

⁴⁷⁸ Informe 21/2021, de 14 de junio de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Materia: Emisión de informe por el Secretario de la Corporación Municipal en los contratos menores.

⁴⁷⁹ Ibid Informe 21/2021, de 14 de junio de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

con el relativo a la no alteración del objeto del contrato exigidos al Secretario municipal en un solo documento, junto con el resto de pronunciamientos jurídicos del mismo⁴⁸⁰.

Ahora bien, ¿qué razón pueden esgrimir estos órganos interpretativos para justificar el deber de incorporar este informe a los expedientes de contratación menor de las entidades locales y no para otro tipo de entidades? En principio carece de sentido imponer una obligación de tal calado según el tipo de entidad de contratación de que se trate, exigiéndola, además, como es el caso, a quienes, como regla general, gozan de menos recursos para atender a sus necesidades.

En este sentido, ante la realidad de la práctica diaria a la que se han de enfrentar los gestores de la contratación pública⁴⁸¹, esta exigencia no hace más que imponer nuevos elementos en el inicialmente sencillo procedimiento de contratación, retrasando la compra e imponiendo tramites, a nuestro modo de ver, contrarios a la voluntad del legislador. Y ello porque, dado que la regulación en la ley de este tipo de contratos indica taxativamente los documentos que han de constar en el expediente de contratación menor de forma expresa y concisa; pretender incorporar, mediante interpretaciones de la LCSP, más elementos de los propiamente establecidos para este procedimiento, no supone otra cosa que una injerencia en la voluntad del legislador, puesto que, de haberlo querido así, nada le hubiera impedido incorporar al artículo 118 LCSP, el indicado informe del Secretario municipal para las EELL o, mejor aún, en aras de una igualdad procedimental, establecer tal obligación para el procedimiento menor con independencia del órgano contratante de que se trate.

⁴⁸⁰ Recientemente, se ha pronunciado en términos similares la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Expediente 68/18, de 9 de mayo de 2019. Materia: Disposición Adicional Tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y contratos menores.

⁴⁸¹ Queremos poner de manifiesto que, en un gran número de municipios, los propios secretarios o los secretarios-interventores son los gestores también de la contratación pública del municipio, ya que, dado el tamaño de estos, la falta de recursos humanos impide que tales tareas se lleven a cabo por otras personas, puesto que, en muchos casos no hay personal que pueda desempeñar tales tareas, por lo que resulta absurdo que el mismo funcionario deba ser quien propone, quien solicita presupuestos, quien gestiona el gasto, quien informa sobre la legalidad y procedencia de la tramitación del expediente y, finalmente, quien reconoce la legalidad de la adjudicación.

3.3.1.5.F. La supresión de la limitación contractual al mismo empresario

La modificación introducida por el Real Decreto 3/2020⁴⁸², ha supuesto la eliminación del requisito establecido en la redacción original del artículo 118.3 de la LCSP⁴⁸³, sobre la justificación de no haber suscrito más contratos menores con el mismo empresario que individual o conjuntamente superen las cuantías máximas de valor estimado indicados en el apartado 118.1 LCSP; sin embargo, entendemos que por la controversia suscitada durante el tiempo que esta exigencia estuvo en vigor, y su inesperada eliminación, es merecedor su estudio en el presente epígrafe.

No cabe duda de que este límite -que gozaba de igual número de partidarios como de detractores entre todas las partes implicadas en la contratación pública- ha resultado el más controvertido de todos los introducidos por la norma. Ello resulta así debido a que, por su particular contenido afectaba a todos los interlocutores de la contratación, incluidos los agentes externos es decir empresas, PYMEs y micro PYMEs.

Dentro de esta controvertida limitación, se plantearon numerosas consultas e interpretaciones por parte de los diferentes Órganos Consultivos de Contratación del país -todas ellas referidas a las lagunas que subyacían de la redacción del precepto- sin que hasta la fecha de su modificación legislativa existiera una respuesta indiscutible y unánime que aunara todas las posturas, debido a la falta de uniformidad en las soluciones emitidas, siendo los elementos que mayor controversia provocaban los siguientes:

a) En primer lugar, en cuanto al límite temporal de aplicación señalando la imposibilidad de que una vez superado dicho límite no se pudiera volver a llevar a cabo un contrato menor con dicho empresario, sin concretar el alcance de dicha limitación.

⁴⁸² Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

⁴⁸³ Artículo 118.3 LCSP “*En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a). 2º*”.

Al respecto, debemos cuestionar si dicho límite se refería a una duración indefinida o si, por el contrario, el legislador omitió de forma involuntaria la existencia de un periodo temporal de afección del límite, esto es, si transcurrido un tiempo determinado resultaría posible volver a adjudicar al mismo empresario un contrato menor; y en caso afirmativo, cuál sería dicho periodo.

Las interpretaciones realizadas en este punto fueron unánimes: a pesar del contenido del artículo, no es posible que dicho límite sólo se pueda alcanzar una única vez y para siempre y, por lo tanto, no se puede realizar una interpretación literal del mismo. En cuanto a cuál sería el plazo de aplicación de la restricción temporal, se acepta de manera generalizada que, atendiendo a la duración máxima indicada en la Ley para los contratos menores, esta es, un año, la restricción debe limitarse a ese plazo.

A raíz de esta interpretación, aceptada mayoritariamente; se plantearon dos nuevas cuestiones con posturas enfrentadas entre las opiniones manifestadas por las Juntas Consultivas de Contratación. Una parte de las interpretaciones defendían que se debería ceñir esta limitación al año natural o ejercicio presupuestario en el que se llevase a cabo el contrato; debiendo sumar, por tanto, todos los contratos menores que se celebraran en ese plazo de tiempo y comprobar si se ha llegado al límite económico establecido. Mientras que otra postura sostenía que, el periodo de aplicación sería el año anterior a la aprobación del gasto, computando, por lo tanto, todos los contratos menores adjudicados un año antes desde la adjudicación del contrato correspondiente.

Además -en respuesta a quienes defienden la primera de las posturas- en ambos casos debería haberse establecido una pauta para el periodo comprendido durante el primer año desde entrada en vigor de la Ley, dado que ésta no se produjo con el arranque del ejercicio presupuestario del año 2018 y, por tanto, su aplicación retroactiva -para los que defienden la segunda de las posturas- implicaría atribuir tal carácter a la norma sin que éste se haya conferido por la ley. En este caso, correspondería computar la suma de las adjudicaciones desde el momento de entrada en vigor de la ley para ambas posturas, evitando así ser más restrictivos de lo que es la propia norma.

b) Otra cuestión que, finalmente quedo sin resolver en el precepto, fue la indeterminación en cuanto a si la limitación se refiere a la suma de las cuantías entre

cualquier tipo de contrato o si el límite se aplicaría de manera individual por objeto de contrato.

Bien es cierto que la opinión generalizada defendía la imposibilidad de agrupar en este límite la suma de todas las cuantías correspondientes a cualquier tipo de contrato conjuntamente, con independencia de que se trate de una obra, de un servicio o de un suministro; sin embargo, tras esta posición coincidente volvieron a surgir dos interpretaciones divididas. Frente a aquellas que defendían que habrá que atender al tipo de contrato, y por tanto cuando se hubiera llegado al límite establecido en el artículo 118.1 LCSP, no se podrían adjudicar a ese empresario nuevos contratos de ese tipo; se encontraban las que sostenían que se debería atender al objeto del contrato al entender que existían infinidad de objetos de contratos en un mismo tipo; y defendiendo que, en tanto que no se produzca un fraccionamiento del objeto del contrato, nada debería impedir que se pudieran adjudicar nuevos contratos menores, a pesar de superar las cuantías máximas establecidas. Sin duda, esta interpretación incrementaba sustancialmente el arco de posibles contratos a adjudicar a un mismo empresario sin embargo, la dificultad estribaba en la manera de comprobar que se trataba de objetos diferentes de una manera ágil, ya que el análisis detallado de cada objeto de cada contrato menor para establecer su diferencia, resultaría sumamente dificultoso dado el volumen de contratos celebrados a través de este procedimiento, en tanto en cuanto no se dispusiera de un programa que permitiera desagregar por categoría de contratos conforme a los códigos del *Common Procurement Vocabulary* (CPV)⁴⁸⁴ cada uno de los contratos celebrados y poder así realizar un análisis verdaderamente exhaustivo.

-Vinculada con esta limitación y como consecuencia directa de la misma, nos podíamos encontrar con la paradoja de no poder adjudicar el contrato a la oferta más barata, si se daba la circunstancia de que ese empresario ya hubiera sido contratado por la misma administración para otros contratos menores coincidentes con el mismo objeto o tipo de contrato -según la interpretación adoptada por el órgano de contratación en cuestión-. Pudiera parecer que la finalidad de tal postura por parte del legislador era la de ampliar el mercado a nuevos empresarios, sin embargo, esta predisposición de apertura

⁴⁸⁴ Vocabulario europeo común de contratos públicos.

por parte de la contratación pública a nuevas empresas mediante la figura del contrato menor debe venir respaldada por la necesidad de planificación de las contrataciones, acudiendo en cada caso, al procedimiento adecuado y evitando las reiteraciones de contratos con el mismo objeto y que pudieran conllevar irregularidades por parte de la administración contratante.

Como hemos indicado al inicio de este apartado, esta justificación exigida por el apartado 3 de la redacción inicial del artículo 118 LCSP, ha sido eliminada sin ninguna justificación manifiesta por parte del legislador, aunque entendemos que se ha podido ver obligado por el volumen de críticas recibidas durante estos meses de aplicación del precepto y las no menos numerosas peticiones de aclaración a los distintos órganos consultivos especialistas en la materia. Sin embargo, en nuestra opinión y a pesar de que no cabe duda de que la redacción de tal requisito podría haber resultado más certera; sin embargo, creemos que la eliminación de esta limitación vuelve a abrir las puertas a un uso descontrolado y abusivo del contrato menor.

3.4. ADJUDICACIÓN

3.4.1. Adjudicación y formalización

3.4.1.1. Adjudicación

A la vista de las nuevas exigencias introducidas en el expediente de contratación menor, cabe plantearse cómo se debe proceder para, una vez cumplidos todos los requisitos previos, llevar a término la adjudicación de manera formal.

Si en la regulación anterior -tal y como venía redactado el artículo 111 TRLCSP- la incorporación de la factura al expediente, mediante su aceptación y pago, implicaba la asunción por parte de la administración contratante su voluntad de adjudicación, -preescindiendo así, del acto formal de llevar a cabo una adjudicación formal, propiamente dicha- la nueva regulación, vista la redacción del artículo 118 LCSP, no admite tal circunstancia, puesto que obliga al órgano de contratación a un verdadero cumplimiento de las obligaciones legales establecidas, esto es, la incorporación al expediente de contratación de un informe que motive la necesidad de la contratación,

la aprobación del gasto y una justificación adecuada en cuanto a que no se está alterando el objeto del contrato con el fin de evitar la aplicación de los umbrales económicos establecidos; y como no puede ser de otra manera, dicha acreditación se deberá hacer constar en el correspondiente documento administrativo dictado por el órgano contratante, con independencia de la posible existencia de informes internos que avalen tales extremos los cuales, deberán estar incorporados en el expediente.

Avala esta interpretación la Junta Consultiva de Contratación de Canarias⁴⁸⁵ al reconocer que la LCSP prohíbe -salvo en supuestos de emergencia- la contratación verbal y establece expresamente el carácter formal de la contratación del sector público. Así mismo establece con carácter general el deber de formalización de los contratos en documento administrativo, exceptuando a los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición y, señalando expresamente al referirse a los contratos menores, que su existencia se acreditará con los documentos a que se refiere el artículo 118 de la ley.

3.4.1.1.1. La licitación del contrato menor: La selección del contratista mediante un proceso de competitividad

Con carácter previo a la adjudicación propiamente dicha, debemos detenernos en el análisis de la selección del contratista en los contratos menores.

Si bien la calificación de adjudicación directa, resulta ser la más apropiada en esta fase de la contratación menor; dado que, con independencia de cómo se realice la selección del contratista, esta adjudicación será considerada en todo caso por la jurisprudencia como tal; no debemos olvidar que nada impide que por parte de los poderes adjudicadores se realice una selección del contratista que pueda resultar más adecuado a las necesidades de cada caso, realizando varias peticiones de ofertas, como ha indicado la OIRESCON, o incluso, una suerte de licitación que favorezca la transparencia y la competitividad.

⁴⁸⁵ Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre aspectos concretos de contratos menores, órgano de contratación y publicidad.

Si bien desde las primeras regulaciones de este tipo de procedimiento sus adjudicaciones, como regla general, se llevaban a cabo mediante una búsqueda de la administración contratante del posible adjudicatario entre proveedores más o menos conocidos de su entorno y, según la confianza depositada en ellos por su experiencia y profesionalidad adquirida a lo largo de los años; este proceso se ha ido depurando hasta alcanzar un nivel muy similar al procedimiento de selección que la norma exige para el resto de los procedimientos de contratación en los que se exige un procedimiento de competitividad.

Varias son las causas de esta evolución, por un lado, debido a la constante y reiterada puesta en duda de la actuación de los órganos adjudicatarios -en las contrataciones públicas en general, pero especialmente en este tipo de contrataciones- se impulsa un aumento de celo en la selección del contratista, con la intención de poner cierto control al uso indiscriminado e irregular del contrato menor y dotar de mayor objetividad a las contrataciones. Por otro lado, esta evolución descansa en la pretensión de obtener mejores resultados económicos; es decir, un ahorro que sin sometimiento a la competitividad entre empresarios no se obtendría puesto que la inexistencia de una pluralidad de participantes pugnando por obtener el contrato implicaría la imposibilidad de generar ahorro e impediría en último caso aumentar el tejido empresarial participante en las compras públicas.

Esta situación en la que las contrataciones menores son sometidas a competitividad por algunos poderes adjudicadores no es tan reciente en nuestro ordenamiento, puesto que nace mucho tiempo atrás de la voluntad de los gestores de la contratación pública⁴⁸⁶; y así ha sido refrendada incluso desde las propias Juntas Consultivas de Contratación Pública. Tal es el caso de la la Junta Consultiva de Contratación

⁴⁸⁶ Así, antes de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de la OIRESCON, administraciones de todos los tamaños, solicitaban ofertas a diferentes empresarios para conocer qué precio podían obtener para la realización de sus necesidades; daban publicidad de su intención de adquirir bienes a través de notas de prensa o invitaban a presentar ofertas en sobre cerrado que, posteriormente se abrían de manera simultánea. Tal es el caso del Ayuntamiento de Langreo, que desde hace muchos años ha venido sometiendo el grueso de sus contrataciones menores a este tipo de procedimientos de selección; limitando las adjudicaciones directas a supuestos puntuales, hasta la aprobación de la Instrucción 2/2016, de 2 de diciembre, sobre el procedimiento de tramitación electrónica de los contratos menores en el ámbito de la Ayuntamiento de Langreo.

Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares al reconocer que “...desde un punto de vista teórico, nada impide que, en virtud de los principios de publicidad y concurrencia, siempre que sea posible, se someta a licitación pública la contratación de las prestaciones cuyo importe permite la elección de la tramitación como contratos menores o, alternativamente se lleve a cabo un procedimiento negociado sin publicidad⁴⁸⁷”.

Así, esta evolución hacia la licitación de los contratos menores, se ha ido desarrollando en distintas fases: desde una primera exigencia interna de la administración contratante, de realizar necesariamente consultas a varios proveedores sin ningún tipo de confidencialidad, pasando por consultas electrónicas con fecha límite para que los empresarios consultados dieran respuesta, e incluso a realizar una licitación con presentación secreta de las ofertas a través de Registro administrativo y apertura formal de los sobres en presencia de los oferentes.

Y, para que los empresarios pudieran presentar sus ofertas, se les remitía un sencillo cuadro de condiciones con las exigencias técnicas y administrativas a cumplir, esto es plazo de ejecución, recursos necesarios, garantía de los trabajos, plazo para la remisión de su oferta, etc. y que podría equipararse con los pliegos de una licitación en el resto de los procedimientos, cuya finalidad es la de regular la contratación, pero de mucha menor rigurosidad.

Con todo ello y, a pesar del cumplimiento por parte de los órganos de contratación que decidían autoimponerse estas exigencias en los casos de contratación menor y de plantear una pluralidad de consultas a diversos empresarios; estas consultas eran realizadas a empresas conocidas por quien gestionaba la actividad contractual del ente

⁴⁸⁷ Y continúa señalando que “Corresponde al órgano de contratación, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la competencia y la conveniencia para el interés general, escoger el procedimiento más adecuado en cada caso. Este procedimiento puede ser, porque así lo prevé la ley, el correspondiente a los contratos menores, figura que permite simplificar el procedimiento de contratación.

Sin embargo, el objetivo de mejorar la gestión pública es aconsejable ponderar las ventajas y los inconvenientes que ofrece cada procedimiento y, siempre que sea posible, escoger el que permite respetar al máximo los principios generales de la contratación pública. En definitiva, debe buscarse un equilibrio que permita llevar a cabo una buena administración”. Informe de 4/2010, de 29 de octubre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativo del Gobierno de las Islas Baleares en Comisión Permanente; en concreto, pp. 7-8.

y, por tanto, el incremento de participación de nuevas empresas en las relaciones contractuales con las administraciones públicas apenas aumentaba.

En la actualidad, la selección del contratista para los contratos menores ha sufrido una variación sustancial, dado que se ha pasado a realizar una auténtica licitación pública, en la que se permite acceder a todos aquellos empresarios interesados con capacidad técnica, lo que sumado a la posibilidad de que dicha licitación pueda ser electrónica, hará su alcance muy superior. Así, nos encontramos con que, aquellos órganos que han optado por llevar a cabo una verdadera equiparación de la selección de los contratistas de contratos menores con la de cualquier otro procedimiento, comienzan por redactar su propia normativa vinculante al respecto, que supera, como ya hemos señalado, las exigencias de la LCSP. Este procedimiento, consiste en primer lugar, en determinar qué contratos menores se van a someter a licitación pública - normalmente, por razón de la cuantía, es decir, por debajo de cierto valor estimado no se llevaría a cabo la licitación por razones de economía procesal- se establece también cuál será el medio para realizar la selección de los participantes, si bien, actualmente, la norma general suele ser a través de una plataforma electrónica de contratación en la que se publican las condiciones de la misma, los plazos de exposición, recursos, etc. Posteriormente, en el expediente deben constar todos los documentos exigidos en la norma; un cuadro de condiciones técnicas con las exigencias requeridas además de un cuadro de exigencias administrativas que deberá cumplir el contratista, los cuales serán de obligado cumplimiento. Todo ello se hará público a cualquier posible interesado y a la finalización del plazo indicado para presentar sus ofertas, estas serán abiertas y examinadas como en cualquier otro procedimiento de licitación, para determinar quién resulta ser el adjudicatario. Si bien, este procedimiento de selección del contratista suele conllevar una mayor agilidad tanto en el periodo indicado para presentar ofertas como en el reconocimiento de la adjudicación ya que no se exige formalización más allá de una mera aceptación de la adjudicación propiamente dicha.

Y así, una vez realizada la adjudicación efectiva del contrato, ésta deberá ponerse en conocimiento de los interesados con la finalidad de que comiencen a contar los distintos plazos del procedimiento, no solo para el adjudicatario sino también, para otros posibles interesados, especialmente, en aquellos supuestos en los que se haya

realizado una consulta a varios empresarios, o si se ha llevado a cabo una licitación⁴⁸⁸, puesto que dichas empresas deberán ser conocedoras de los fundamentos de la administración contratante que han dado lugar a la elección realizada. Y, como consecuencia de tal comunicación a los interesados se generan nuevas situaciones que en la regulación anterior no habían sido planteados, tales como la posibilidad de que este tipo de adjudicaciones sean recurridas; aspecto este, que pasamos a analizar en el siguiente apartado, para ahondar posteriormente, en el análisis sobre la exigencia o no de la formalización de los contratos menores.

Finalmente, el sometimiento a licitación de los contratos menores se basa en la máxima jurídica *qui potest plus, potest minus*, al entender que si bien la ley regula unas exigencias mínimas para este tipo de procedimientos -cuantía, duración, proyecto en contratos de obras, etc.- nada impide que estas exigencias sean superiores a las establecidas con carácter de mínimos; ahora bien, en estos casos -al contrario que las normas para el resto de procedimientos en los que se promueve la pluralidad de criterios de valoración de las ofertas- se acostumbra a utilizar únicamente el criterio precio para la selección de la mejor oferta presentada para no perder la agilidad del procedimiento.

Al respecto existen ejemplos en diferentes administraciones: a nivel autonómico las comunidades autónomas de Aragón⁴⁸⁹, Galicia o Asturias; a nivel local podemos citar como ejemplos a los ayuntamientos de Gijón o Langreo en Asturias y al de

⁴⁸⁸ Recordemos que la OIRESCON establece en su Instrucción 1/20219, de 28 de febrero, sobre contratos menores regulados en la LCSP que, dada la existencia de licitación, no es necesario realizar petición a varios empresarios, al menos tres, puesto que con la licitación se lleva a cabo la publicidad pertinente que supera la consulta a tres licitadores; y nosotros añadimos que la adjudicación deberá publicarse en la misma plataforma en que se haya llevado a cabo la licitación.

⁴⁸⁹ La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada a través de la Disposición Final 4ª de la ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, señala en su artículo 4.2 d) “*La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá realizarse con publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante su ejecución. Podrá presentar proposición cualquier empresario con solvencia, capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante*”.

Fuengirola en Málaga; y dentro del sector universitario podemos citar a la Universidad de Almería; todos ellos han sido pioneros en la autorregulación del contrato menor, estableciendo instrumentos para fomentar una contratación menor más transparente⁴⁹⁰. En este sentido el propio Tribunal de Cuentas, en su Informe nº 1.361 de fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, correspondiente al ejercicio 2016 recomienda establecer de manera obligatoria la adopción de medidas que promuevan la concurrencia de la adjudicación de los contratos menores, entre otras mediante la publicación de anuncios de licitación⁴⁹¹; y cuyas recomendaciones han sido asumidas recientemente por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con dicho tribunal⁴⁹² instando con ello al Gobierno, a asumir las conclusiones del informe emitido por el Tribunal de Cuentas y seguir las recomendaciones del mismo⁴⁹³.

Así mismo, a los ayuntamientos objeto del referido informe, estos son, Madrid, Barcelona, Málaga, Sevilla, Valencia y Zaragoza les recuerda la necesidad de realizar una adecuada planificación y programación de su gestión contractual para posibilitar una contratación conjunta de prestaciones de carácter reiterado y previsible, o de

⁴⁹⁰ Así, el Ayuntamiento de Langreo, en Asturias elaboró en el año 2016, la Instrucción 2/2016, sobre el procedimiento de tramitación electrónica de los contratos menores en el ámbito del ayuntamiento de Langreo, anteriormente citada vid. 433; cuya finalidad era la de obtener una mayor competitividad en sus compras menores e incrementar la transparencia en todas sus actuaciones. Así, se establece que, para aquellas necesidades de servicios, suministros a partir de 1.500 € y, hasta el límite establecido en el artículo 118 LCSP; y a partir de 3.000 € en el caso de contratos de obras; se deberá elaborar expediente de contratación que será licitado en la plataforma electrónica municipal, para que, todos aquellos interesados puedan presentar oferta. Realizándose dicha selección a través de mecanismos informáticos.

⁴⁹¹ Informe nº 1.361 de fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016, Recomendación 2. *“Los Ayuntamientos de Barcelona, Madrid, Málaga, Sevilla, Valencia y Zaragoza deberían establecer en su normativa interna la obligatoriedad de promover la concurrencia en la adjudicación de los contratos menores, cualquiera que sea su importe, bien mediante la publicación de anuncios de licitación, bien solicitando directamente ofertas a un mínimo de tres empresas, salvo cuando las circunstancias concurrentes lo desaconsejen por razón de la inmediatez de la necesidad que se trate de satisfacer”*.

⁴⁹² Resolución de 18 de mayo de 2021, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016. BOE de 30 de agosto de 2021.

⁴⁹³ E insta al Gobierno a establecer las medidas necesarias para asegurar los efectivos necesarios de funcionarios de habilitación nacional en los órganos de control interno de las entidades locales, cuya selección corresponde a la Administración General del Estado.

naturaleza similar que respondan a un fin único, con el objetivo de favorecer los procedimientos ordinarios de preparación y adjudicación de los contratos -lo que supone una reducción directa de las compras menores, además de un incremento esencial de la transparencia y un ahorro de costes de gestión así como de las compras propiamente dichas-; y a incluir en su normativa interna la obligatoriedad de promover la concurrencia en la adjudicación de los contratos menores, cualquiera que sea su importe, mediante la publicación de anuncios de licitación o mediante la solicitud directa de ofertas a un mínimo de tres empresas, salvo que la inmediatez de la necesidad a satisfacer lo desaconseje; entre otras propuestas⁴⁹⁴.

Y finalmente, insta al conjunto de entidades locales -se entiende, a aquellas de más de 500.000 habitantes por ser el objeto del informe del Tribunal de Cuentas, aunque podría extenderse a cualquiera de ellas- a evitar la acumulación de funciones de intervención en un único puesto como el desempeño de funciones adicionales a las de control interno, que incrementen significativamente la carga de trabajo o que resulten incompatibles con las funciones ordinariamente asignadas a los órganos de intervención.

Pues bien, aunque parece que recientemente, se apunta a un nuevo enfoque de esta figura desde ciertos órganos como el Tribunal de Cuentas; sin embargo, como hemos visto, este impulso hacia un mayor control y transparencia de las contrataciones menores, se está produciendo desde las propias administraciones contratantes que son las que optan por autoimponerse nuevas cargas administrativas en detrimento de la agilidad del procedimiento creado por el legislador; lo que sin duda resulta paradójico y en cierto modo podría parecer incomprensible o absurdo, ya que, frente a la posibilidad que se concede por parte de la norma, para llevar a cabo ciertas contrataciones sin someterse a las exigencias más rigurosas establecidas para otros

⁴⁹⁴ Además, defiende la necesidad de realizar una correcta planificación y programación de las actuaciones precisas para cubrir las necesidades públicas, restringiendo la utilización de los contratos menores; así como de establecer una normativa interna para la aplicación en los contratos menores de las condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre hombres y mujeres; y a adoptar las medidas necesarias para mejorar los sistemas informáticos de registro y tratamiento de los datos relativos a la contratación en estas entidades.

procedimientos, estas deciden de manera voluntaria, imponerse ciertas cargas no exigidas.

Pues bien, a pesar de lo extraño de esta imposición voluntaria, la justificación de esta autorregulación descansa en un aumento de la transparencia y la seguridad jurídica que desea transmitir el órgano de contratación que la asume respecto a sus contrataciones.

Es más, vista la actual regulación de los procedimientos abierto simplificado y simplificado sumario⁴⁹⁵ nos atrevemos a decir que esta licitación de los contratos menores es el antecedente directo de aquellos, y en especial, de este último entendiéndolo como una figura a caballo entre el contrato abierto y el contrato menor, aunque sin mención expresa de ello en la ley.

3.4.1.2. Solvencia, Garantía y Formalización

Avanzando en la cuestión de la adjudicación de los contratos menores, se suscita ahora la duda sobre si en las adjudicaciones directas se requiere el cumplimiento de otros requisitos propios del resto de procedimientos contractuales, tales como la constitución de garantías, la justificación de la capacidad para contratar del empresario o la formalización de los contratos.

Al respecto de la primera de las cuestiones, es decir, sobre la posibilidad de exigir garantía definitiva al adjudicatario de un contrato menor, se ha pronunciado la JCCA cuando en el año 2002, elaboró un Informe⁴⁹⁶ tras una cuestión planteada por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Llubí-Islands Baleares, en la que, vista la regulación establecida en la norma vigente en aquel momento para los contratos menores -artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas- y la establecida en cuanto a la obligación de constituir garantía definitiva por parte de los adjudicatarios - artículo 36.1 del citado RDL 2/2000- solicitaba aclaración sobre *“si la garantía definitiva*

⁴⁹⁵ Estos procedimientos serán analizados en el Capítulo III de este estudio: Procedimientos alternativos a la figura del contrato menor.

⁴⁹⁶ Informe 12/2002, de 13 de junio de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

constituye o es un requisito de los contratos menores, incluso de los contratos de suministro que tengan por objeto la adquisición de productos consumibles, perecederos o de fácil deterioro, por unos importes aproximados de 60 euros”.

Por su parte, la respuesta de la JCCA fue concluyente, al negar de manera categórica dicha posibilidad, dada la naturaleza y significado de esta figura, indicando que *“la utilización por el artículo 36.1, primer párrafo, de la expresión “cualquiera que haya sido el procedimiento y la forma de adjudicación del contrato” , se vuelve en contra de la tesis positiva y favorable a la tesis negativa, si se tiene en cuenta que en la adjudicación de los contratos menores no se utilizan los procedimientos de adjudicación (abierto, restringido y negociado), ni las formas (subasta y concurso), previstos con carácter general en los artículos 73 y 74 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.* Y ello porque, vistos los requisitos exigidos para este tipo de procedimiento, en los que, sólo serán exigibles la aprobación del gasto de la factura correspondiente, sin perjuicio de que en el contrato menor de obras se exija el presupuesto y el proyecto; *“debe significarse la utilización del adverbio “solo” equivalente a “únicamente” y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente en el propio artículo 57 (hoy 56) para el contrato menor de obras”, lo que no obsta para que, en los informes reseñados, se reconozca la posible aplicación de determinados requisitos generales de los contratos previstos en el artículo 11 de la Ley, entre los que no figura la constitución de garantías definitivas”.*

A dicha fundamentación añade como argumento favorable a la no exigencia de garantía definitiva en los contratos menores, *“la que sería una situación comparativamente injusta e injustificada, en relación a otro tipo de contratos y procedimientos de adjudicación”*, tales como los contratos privados en los que la constitución de garantía se trata de un elemento facultativo en manos del órgano de contratación, así como en los contratos de consultoría y asistencia, y en los contratos administrativos especiales en los que cabe la posibilidad de dispensa por parte del órgano de contratación, sin perjuicio de otros supuestos de excepción previstos en la norma.

Y, por último, recuerda la que, *“la finalidad simplificadora de la admisión generalizada de la categoría de los contratos menores, y su potenciación, destacada como uno de los objetivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en los apartados 1.5) y 2.6)*

de su Exposición de Motivos; constituye un argumento para rechazar, como señalan los citados informes de esta Junta Consultiva, la exigencia de otros requisitos "no establecidos en su regulación específica para los contratos menores" alusión a otros requisitos entre los que debe figurar la constitución de garantías definitivas".

Por todo ello señala que *"resultaría un contrasentido y, por tanto, contrario a la interpretación sistemática de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el que en contratos de significado jurídico y económico más trascendentales que los de los contratos menores, quedara abierta la posibilidad de dispensa de la garantía definitiva y no en los propios contratos menores que por la solución positiva que se trata de desmontar quedarían sujetos a la constitución de garantía definitiva, sin que su dispensa, a diferencia de otros supuestos, esté prevista en la Ley⁴⁹⁷".*

Vista la impecable fundamentación de la JCCA, entendemos que la misma puede ser aplicable al resto de cuestiones que al inicio de este apartado planteábamos. Ahora bien, no por ello, queremos dejar de realizar algunos apuntes al respeto.

Por lo que se refiere a la adjudicación propiamente dicha de este tipo de contratos, la cuestión está en si resulta un requisito imprescindible que ésta sea aceptada necesariamente por parte del interesado, y que, por tanto, podría implicar una formalización del contrato. En nuestra opinión, entendemos que dada la voluntad de agilidad que se presume de este procedimiento, resulta perfectamente acorde a la voluntad del legislador una asimilación del apartado sexto del artículo 159.2 LCSP, apartado g) *"la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación"*, a los contratos menores; y por tanto, la rúbrica del adjudicatario sería suficiente para manifestar su aceptación; ahora bien, también es cierto que, conforme al artículo LCSP nada lo impediría si esta fuera la voluntad de las partes, aunque ello supondría contradecir el espíritu de la norma, puesto

⁴⁹⁷ Años más tarde, sería la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana, quien en su Informe 13/2014 de 17 de febrero de 2015, volvería a aclarar esta cuestión con respecto a una cuestión planteada por el Ayuntamiento de Estivella, en relación con la gestión de unas obras para el funcionamiento de un servicio público en régimen de concesión en el que concluye que: *"De la regulación de los contratos menores en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y de la dicción literal del Art. 95.1 del citado Texto, nada hace concluir la posibilidad de exigencia de garantía definitiva en la contratación menor"*.

que, si este tipo de procedimientos se realiza, como así pretende el legislador, en supuestos sobrevenidos, en los que dadas las circunstancias imprevisibles no se podría haber acudido a otros procedimientos de adjudicación contemplados en la ley cuya tramitación ralentiza su ejecución.

Ahora bien, partiendo del mismo fundamento, es decir, de la agilidad atribuida al procedimiento menor, pero yendo un paso más allá, entendemos que la simple comunicación al adjudicatario es elemento válido y suficiente para dar por asignados los trabajos, sin la necesidad de mayores formalismos como la rúbrica del documento de adjudicación contemplado para los procedimientos del artículo 159.2 g) LCSP.

Por lo que se refiere a la cuestión de la capacidad del contratista, no podemos olvidar que este tipo de procedimientos conllevan necesariamente, una relación entre la administración contratante y el posible adjudicatario, en tanto que es necesario conocer la disponibilidad de este para ejecutar el contrato en los plazos que el órgano de contratación considere oportunos, y también para conocer la solvencia del profesional, ya que, si no existe certeza de la ejecución, no tendrían sentido las actuaciones realizadas por parte del órgano de contratación para llegar a la adjudicación.

Así, esta cercana relación favorece una mayor agilidad en la ejecución de la prestación contratada, puesto que para llegar a la adjudicación es más que probable que se hayan hecho las consultas necesarias referidas a la capacidad de cumplir con la futura contratación y por tanto, más allá de asegurarse la capacidad profesional del adjudicatario, cuestiones como la disponibilidad para la prestación a contratar o la formalización, suponen a nuestro modo de ver, un elemento innecesario que únicamente puede significar una ralentización del inicio del contrato que es, principalmente, la razón por la que este tipo de contratos no se lleva a cabo a través de otro tipo de procedimiento.

3.4.2. Publicidad

3.4.2.1. Evolución de las exigencias de publicidad

La aprobación en el año 2013 de la conocida como Ley de Transparencia⁴⁹⁸ trajo consigo el establecimiento de ciertas obligaciones sobre la publicidad de los contratos públicos, sin embargo, el punto de partida de un aumento en la transparencia de las contrataciones públicas no es una novedad de la Ley de 2017.

Esta situación no resulta ajena para el legislador quien en el año 2012, a través de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, contemplaba como una de las medidas de ajuste propuestas en el Plan, la reducción de celebración de contratos menores, primando el requisito del menor precio de licitación.

Posteriormente, a través de la referida Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), el legislador recoge en su artículo 8.1 a), la obligación de *“los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título, de hacer pública, como mínimo, la información relativa a actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria”*; refiriéndose expresamente a los contratos menores al señalar que *“la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente”*.

Por tanto, con respecto a los contratos menores dicha imposición se diluía hasta tal punto que, la publicidad de éstos tan solo se recogía como una simple invitación o propuesta a los órganos de contratación que les otorgaba la facultad de decidir si dar a conocer o no, la información de dichos procedimientos. Y en palabras del propio Ministerio de la Presidencia, señalaba, en su Informe sobre la Ley de Transparencia y

⁴⁹⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Publicidad de los contratos menores⁴⁹⁹ que “*el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) establece determinadas obligaciones acerca de la publicidad de los contratos del Sector Público, **que no son de aplicación a los contratos menores**, y en su artículo 334 establece que las entidades del Sector Público Estatal están obligadas a publicar las convocatorias de licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En resumen, las obligaciones con respecto a la publicidad de los contratos públicos que emanan de la legislación sobre transparencia son complementarias y, en el caso de los contratos menores, más amplias que las que establece la legislación sobre contratación pública*”.

Dicha invitación para dar a conocer las compras menores no obtuvo la respuesta esperada y, en general, el conjunto de los órganos de contratación continuó dando publicidad exclusiva y rigurosamente, conforme a las obligaciones legalmente establecidas. A ello se unía la falta de respaldo que existía desde otros organismos públicos, como el propio Tribunal de Cuentas ya que, en su Instrucción del año 2015, relativa a la remisión telemática de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos celebrados por las entidades del Sector Público Local⁵⁰⁰, señalaba que la remisión de la documentación contractual por parte de los órganos, organismos y entidades del Sector público local se limitaba a un único envío anual -dentro de los dos primeros meses de cada ejercicio- consistente en las relaciones certificadas comprensivas de los contratos formalizados en el ejercicio precedente -o, en caso de no haberse celebrado ninguno, una certificación negativa al respecto- pero se refería en todo caso a otro tipo de procedimiento, con exclusión expresa de los contratos menores.

Tras la entrada en vigor de la LTBG, el Ministerio de la Presidencia publicó una nota informativa sobre la aplicación de la ley respecto a la publicidad de los contratos menores;

⁴⁹⁹ Informe del Ministerio de la Presidencia sobre Ley de Transparencia y publicidad de los contratos menores, diciembre, 2014.

⁵⁰⁰ Resolución de 23 de diciembre de 2015, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 22 de diciembre de 2015, por el que se aprueba la Instrucción relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos celebrados por las entidades del Sector Público Local.

sin embargo, las medidas adoptadas no resultaban suficientes y, a pesar de las referencias constantes a la necesidad de transparencia con carácter general, recogidas en las Directivas sobre Contratación Pública⁵⁰¹; desde la Unión Europea, se llevaron a cabo algunas advertencias como la “Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo [SDW(2016) 263 final]”, de 27 de julio de 2016, en cuyo Considerando (14) reprocha a nuestro país que *ha sido significativo el número de irregularidades con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE y que existe una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros; lo que, sumado a la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española*. Y como medidas a estas deficiencias, en el artículo 1.6 de la Recomendación, establece la necesidad de reforzar la transparencia y la coordinación en materia de contratación pública entre todas las entidades y autoridades, estableciendo mecanismos de control *a priori y posteriori* para garantizar el cumplimiento de la legislación.

En respuesta a esta advertencia del Consejo, se aprueba la Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada, y en el que se adelanta, la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía en el proyecto de ley de contratos del sector público remitido a las Cortes y en el que se recoge el nuevo procedimiento abierto simplificado, que aspiraba a ser un instrumento con el que poner freno al uso irregular y abusivo del contrato menor.

⁵⁰¹ No sólo por lo que se refiere al contrato menor, sino con carácter general a toda la contratación pública; así, por ejemplo, el Considerando (45) de la Directiva 2014/24/UE señala que “*El procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia*”; entre otros.

La nueva redacción en la que se obliga a dar publicidad a todos los procedimientos menores se introduce a partir de la entrada en vigor de la LCSP⁵⁰² superando así, aquella mera invitación que hasta ese momento dejaba al arbitrio de los propios órganos de contratación la decisión de realizar o no el envío con la información pertinente para dar publicidad a sus contrataciones menores. La actual regulación goza además del respaldo del Tribunal de Cuentas que procedió a aprobar una nueva Instrucción relativa a la remisión telemática de los extractos de los expedientes de contratación⁵⁰³, que viene a sustituir a su homónima del año 2015, introduciendo, ahora sí, los contratos menores en el mismo sentido en el que se regula en la LCSP, exceptuando aquellos de importe inferior a 5.000 euros que se hayan satisfecho a través del sistema de anticipo de caja fija u otro similar para realizar pagos menores.

En resumen, las obligaciones con respecto a la publicidad de los contratos públicos que emanan de la legislación sobre transparencia son complementarias con las establecidas en la LCSP y, en el caso de los contratos menores, más amplias que las que establece la legislación sobre contratación pública que se reduce a una obligación genérica para las contrataciones públicas sin entrar en ninguna categoría específica de contratos.

Así, el artículo 5.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno señala, como regla general, que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación *publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública*; y el apartado 4 del

⁵⁰² Artículo 63.4 LCSP: “*La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.*”

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores”.

⁵⁰³ Resolución 3 de julio de 2018, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas por la que se aprueba el acuerdo del pleno de 28 de junio de 2018, por el que se aprueba la instrucción relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos celebrados por las entidades y entes del Sector Público local al amparo de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

mismo precepto añade que la información sujeta a las obligaciones de transparencia *deberá publicarse de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables*; siendo para los contratos públicos, una obligación taxativa.

Si bien es cierto que los artículos 6 y 7 de la LTBG establecen que los sujetos obligados por la misma⁵⁰⁴ deberán publicar información sobre las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa (incluyendo un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional) y además para el caso de Administraciones públicas deberán publicar también sus planes y programas anuales y plurianuales, su desarrollo y resultados, así como, información con relevancia jurídica; publicar información económica, presupuestaria y estadística; es el artículo 8 LTBG el que se ocupa de la obligación de facilitar información económica, presupuestaria y estadística, y concretamente, en materia contractual, es su apartado 1 a) al establecer la obligación inexcusable de publicar cierta información relativa a todos los contratos públicos, como es: objeto del contrato, duración, importe, adjudicación, procedimiento utilizado para su celebración, etc.; estableciendo en su último apartado la posibilidad de publicar la información relativa a los contratos menores trimestralmente⁵⁰⁵; siendo estas obligaciones como podemos observar, sustancialmente menos exigentes que las establecidas por la propia LCSP.

Así, en palabras de la JCCA⁵⁰⁶ *“de todos los preceptos anteriormente expuestos se deduce nítidamente que la Ley de Contratos del Sector Público y la ley de Transparencia configuran conjuntamente un acabado sistema que tiene por finalidad lograr una*

⁵⁰⁴ Capítulo I- Ámbito Subjetivo de la ley, artículos 2 a 4 de la LTBG.

⁵⁰⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 8.1 a) LTBG: *“Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente”*.

⁵⁰⁶ Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores.

plasmación efectiva y amplia de los principios de publicidad y transparencia. Los órganos de contratación del sector público están obligados a cumplir los términos legales establecidos en ambas normas, pues permiten garantizar la transparencia e incluso el control público de los requerimientos” que la ley impone a los contratos menores (la prohibición de su fraccionamiento, el respeto de los umbrales establecidos, etc.)

3.4.2.2. Ámbito temporal

Respecto a esta novedosa obligación, la ley plantea una importante dificultad en cuanto a la interpretación que ha de hacerse respecto al comienzo del periodo temporal para la remisión o publicación de los datos que la propia ley determina cuando señala que la misma deberá realizarse, *al menos trimestralmente*.

La dificultad que apuntan los entes del sector público afectados estriba en determinar cuál es el momento en el que debe entenderse que el contrato menor existe como tal, -en tanto que, como hemos visto, no se requiere una formalización efectiva del mismo- para poder empezar a computar el inicio del trimestre indicado para la remisión de la información.

Es nuestra postura, sostener que, a pesar de la innecesaria formalización expresa en este tipo de contratos, pero visto que resulta imprescindible su adjudicación efectiva, -tal y como hemos apuntado en el epígrafe 4.1 de este estudio- el plazo de los tres meses establecido en la ley para dar publicidad a los procedimientos menores, debe contar a partir de la fecha de esta, con independencia del momento en el que den comienzo de los trabajos adjudicados, esto es de manera inmediata o en un momento posterior a la adjudicación⁵⁰⁷.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 1/2018⁵⁰⁸, ha entrado a valorar en qué momento se entiende que un contrato

⁵⁰⁷ Si bien recordemos que, dadas las peculiaridades para las que se han de llevar a cabo los contratos menores, el inicio de su ejecución no debería demorarse desde su adjudicación.

⁵⁰⁸ Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sobre aspectos concretos de contratos menores, órgano de contratación y publicidad.

menor existe como tal y, por lo tanto, cuándo debe empezar el cómputo del trimestre establecido en la ley para remitir la información correspondiente dando así la publicidad necesaria a su contenido. Para dar respuesta a esta cuestión, la referida Junta Canaria -en idéntica postura a la adoptada por la Junta Consultiva de Contratación de Galicia⁵⁰⁹- señala que, *“la LCSP no recoge expresamente el momento en el que se perfeccionan los contratos menores por lo que debe acudir a la regla general del Código civil en el que se determina la perfección por el consentimiento de ambas partes, en la concurrencia de la voluntad de ejecutar el contrato menor en los términos pactados entre licitador y órgano de contratación, es decir, en la adjudicación”*.

Junto con esta controversia sobre los tiempos de la remisión de la información, también ha surgido la cuestión sobre cómo ha de interpretarse el precepto en cuanto a si se debería realizar un único envío trimestral o si en este caso, la ley está hablando de mínimos y, por lo tanto, podría hacerse una remisión en cualquier momento antes de transcurrido el plazo marcado. En nuestro caso, mantenemos la postura de mínimos, al entender que la regulación de la ley obliga a una remisión trimestral como mínimo pero que nada impide dar publicidad a cada contrato inmediatamente después de su adjudicación; defendiendo además que esta debería ser la práctica habitual de los órganos de contratación para que la información sea facilitada lo antes posible, dado que la duración de muchos de estos contratos es reducida y existe la posibilidad de que, tras tres meses desde su adjudicación, el contrato se haya extinguido por ejecución del mismo; por lo que una pronta remisión de la información permite a los interesados llevar a cabo las actuaciones que consideren oportunas, incluida la posible interposición de recursos. Y la misma postura mantenemos en el caso opuesto, es decir, en aquellos casos en los que el contrato tenga una duración superior a los tres meses, puesto que carecería de sentido esperar a su finalización para dar cuenta de su adjudicación. En este sentido, traemos aquí un extracto de la consulta planteada en el año 2018 por el Cabildo Insular de Gran Canaria a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁵¹⁰ en este sentido en el que ésta sostiene lo siguiente; *“Si*

⁵⁰⁹ Nuevamente, Informe 1/2018, de 25 de abril, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia.

⁵¹⁰ Expediente 46/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la limitación de los contratos menores y publicación de los mismos.

el contrato menor tuviese una duración continuada en el tiempo, dentro del límite legal de un año, la publicación procedería desde el momento en que se haya emitido la primera de las facturas, pues la misma acredita la existencia del contrato a los efectos de su publicidad, sin que sea necesario esperar a que el contrato esté terminado para que exista constancia de su existencia en los términos establecidos legalmente”; y es que, si la voluntad del legislador es dar a conocer los aspectos referidos a la contratación, no tiene ningún sentido esperar a que finalice el contrato para facilitar la información relativa a dicha adjudicación puesto que dicha espera supondría limitar las posibilidades de actuación de los interesados, como ya hemos señalado.

3.4.2.3. Publicidad en contratos abonados mediante anticipo de caja fija o similar

Por otro lado, en cuanto al contenido de los extremos a los que se deberá dar publicidad, la ley hace una redacción de mínimos señalando que la *“información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario”*, señalando que deberán publicarse ordenadamente atendiendo a la identidad del adjudicatario, y que dichos datos deberán permanecer accesible al público durante un periodo no inferior a cinco años⁵¹¹. Y exceptúa de esta obligación a los contratos que, siendo menores pero de valor estimado inferior a cinco mil euros, sean abonados por el sistema de pago de anticipo de caja fija u otro sistema similar en aplicación del artículo 1 del Real Decreto 25/1989, de 16 de junio, sobre anticipos de caja fija, que expresamente indica que *“estos anticipos de Caja fija no tendrán la consideración de pagos a justiciar”*⁵¹²; y por lo tanto, lo que parecía ser la voluntad de la

⁵¹¹ Artículo 63.1 LCSP, párrafo segundo: *“...Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información”*.

⁵¹² Artículo 1 del Real Decreto 25/1989, de 16 de junio, sobre anticipos de Caja Fija: *“Se entienden por anticipos de Caja fija las provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realicen a Pagadurías, Cajas y Habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos, como los referentes a dietas, gastos de locomoción, material no inventariable, conservación,*

ley de contratos de asumir como propia -aunque solamente para cuantías inferiores a cinco mil euros- esta excepción referida a la innecesaria justificación de este sistema de pagos, que viene a equiparar con una innecesaria publicidad de los pagos realizados a través de dicho sistema “*u otro sistema similar para hacer pagos menores*”, se incorporó de manera efectiva tras la aprobación del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, cuando al modificar el artículo 118 LCSP, incorpora un apartado 5 a dicho precepto señalando que: “*Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros*”.

Unida a esta polémica existente previamente a la modificación del artículo 118 LCSP⁵¹³, existían diferentes posturas sobre la obligatoriedad de incluir o no, las cuantías abonadas a través de este sistema de pago, en el cómputo de las adjudicaciones realizadas a un mismo empresario conforme a los límites señalados en el artículo 118.3 LCSP; es decir, si los pagos por anticipo de caja fija o similares se debían sumar al total de los contratos menores adjudicados a un mismo empresario para poder realizar o no una nueva contratación con el mismo contratista.

En nuestra opinión, -y así se indicó en diferentes informes e instrucciones de algunas Juntas Consultivas⁵¹⁴- dado que los contratos a los que la ley se refiere, es decir, los excluidos de la publicidad por ser abonados a través del sistema de anticipo de caja fija o similar, no pierden su cualidad de contratos menores al diferir del resto, únicamente, en el medio de pago; no se pueden ni se deben eludir los demás aspectos procedimentales

tracto sucesivo y otros de similares características. Estos anticipos de Caja fija no tendrán la consideración de pagos a justiciar”.

⁵¹³ Dicha modificación ha supuesto la eliminación del requisito tan polémico de la regulación del contrato menor, referido a los límites económicos para el contratista que establecían que el contratista no podría resultar adjudicatario si había suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superaran las cuantías económicas establecidas para los contratos menores. Al respecto dedicamos el estudio de esta cuestión en este mismo capítulo del presente trabajo.

⁵¹⁴ Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sobre aspectos concretos de contratos menores, órgano de contratación y publicidad; Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores, entre otros.

propios del contrato menor establecidos en la ley, ni por ello, gozar de una mayor tolerancia que la ya de por sí dispuesta para este tipo de procedimientos⁵¹⁵; cuanto menos en lo que a los límites económicos se refiere -estándarte de la limitación frente a posibles abusos del contrato menor- puesto que, tal posibilidad traería consigo el incremento de innumerables pagos a través de este sistema u otros similares admitidos por la legislación, confiriéndoles así un *status* superior sobre aquellos otros contratos cuyo pago no corresponda a estos procedimientos y permitiéndoles así, eludir la voluntad del legislador⁵¹⁶.

3.4.2.4. La dificultad de cumplimiento de la publicidad

Finalmente, para concluir con este análisis sobre la publicidad de los contratos menores, es necesario determinar el objeto de esta nueva obligación. Sin duda, -como hemos señalado al inicio de este epígrafe- el impulso parte de incrementar la transparencia de las actuaciones del Sector público a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, con la intención de, a través de una mayor información de sus contrataciones, conferir mayor seguridad jurídica a las transacciones realizadas por estos e implementar así un sistema que evitara fraccionamientos inadecuados en las contrataciones públicas, ante la obligación de dar a conocer todas sus actuaciones en este campo. Esta voluntad se hace efectiva con la entrada en vigor de la Ley de contratos en la cual, según palabras de la Junta Consultiva de Contratación del Estado⁵¹⁷ “...*de todos los preceptos anteriormente expuestos se deduce nítidamente que la Ley de Contratos del Sector Público y la ley de Transparencia configuran conjuntamente un acabado sistema que tiene por finalidad*

⁵¹⁵ Así, varias son las normas y recomendaciones autonómicas que atribuyen a este tipo de pagos una menor rigurosidad en los elementos que han de conformar su expediente; tal es el caso de la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de Contratación Pública Socialmente Responsable de Extremadura recoge que en la tramitación del expediente de estos contratos menores que se abonen por caja fija se exigirá únicamente la incorporación al mismo de la factura correspondiente; y de la Recomendación 1/2019, de 4 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Canaria que, en aras del principio de eficiencia en el gasto público, en los contratos menores, cuyo valor estimado no supere el límite del importe que en cada Administración pública se fije para el abono por anticipo de caja fija, señala que es suficiente el informe de necesidad y la factura correspondiente debidamente validada.

⁵¹⁶ Al respecto se recomienda la lectura del artículo “*El pago del contrato menor con anticipo de caja fija*” del blog de Ruiz Sainz-Aja, J. A.

⁵¹⁷ Recomendación de 21 de octubre de 2019 a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores.

lograr una plasmación efectiva y amplia de los principios de publicidad y transparencia. Los órganos de contratación del sector público están obligados a cumplir los términos legales establecidos en ambas normas, pues permiten garantizar la transparencia e incluso el control público de los requerimientos que la ley impone a los contratos menores (la prohibición de su fraccionamiento, el respeto de los umbrales establecidos, etc.)”.

Ahora bien, partiendo de que la finalidad de la ley es la búsqueda de una mayor transparencia y seguridad en las transacciones comerciales del sector público, no puede dejarse de lado la dificultad que implica para los órganos de contratación poder dar cumplimiento a esta nueva exigencia.

Por un lado, debido al ingente volumen de contratos menores que se realizan por los diferentes órganos de contratación; siendo además en algunos casos, el único sistema de contratación que estos emplean, -aunque sin entrar a valorar en este punto si esta es o no la manera correcta de proceder- esta obligación puede llegar a paralizar los recursos humanos de que dispongan las administraciones. Y por otro lado, la exigencia de publicidad por parte del legislador se multiplica, ya que los órganos de contratación del sector público, no sólo han de dar publicidad a los contratos menores en los supuestos indicados, a través del Perfil de contratante, ubicado en la plataforma del sector público del Estado o en la de la Comunidad Autónoma correspondiente; sino que también se exige una remisión anual al Tribunal de Cuentas u órgano externo correspondiente -en caso de su existencia en la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el órgano de contratación de que se trate en cada caso- en los dos primeros meses del año lo cual, resulta confuso y por qué no decirlo, también frustrante⁵¹⁸ ya que la exigencia de la ley es que la remisión de los datos a publicar ha de ser *en formato abierto y reutilizable*⁵¹⁹ con la finalidad de

⁵¹⁸ Al respecto, la Recomendación 2//2020 de 29 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias, dirigida a los órganos de contratación del sector público autonómico canario en relación con la forma de publicación de los contratos menores; que, partiendo de la confusión y disparidad de criterios existentes con respecto a la publicidad de la contratación menor, recomienda el empleo del servicio que ofrece la Plataforma de contratación del sector público para dar la publicidad debida a los contratos menores y dejar de lado otros sistemas como por ejemplo el uso de documentos en pdf., dado que dicha plataforma garantiza la reutilización de los datos, tal y como establece el artículo 63 LCSP, y permite respetar los principios de publicidad y transparencia.

⁵¹⁹ Como nos señala el Artículo 63.1 párrafo segundo: “...*Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante*

permitir su uso a quien quiera disponer de ella; y se espera que los diferentes órganos del estado que deseen darles uso, puedan exportar dichos datos, sin embargo en lugar de recoger la información de un único portal, las administraciones se ven obligadas a repetir nuevamente el envío, con parámetros ajustados en cada caso a las exigencias del peticionario, sin permitir que aquella se ajuste a un único formato duplicando así el trabajo, ralentizando los trabajos y por tanto, aumentando de manera innecesaria el gasto de las administraciones, en cuanto a recursos humanos. Por todo ello, resulta imprescindible que no se retrase una revisión exhaustiva y profunda de las obligaciones de rendición de cuentas para evitar esta duplicidad, habilitando a los órganos que los deseen para recoger la información facilitada una sola vez.

3.5. EJECUCIÓN

Si bien la ejecución de un contrato menor pudiera parecer a simple vista razonablemente sencilla, lo cierto es que, más allá de aquellos supuestos en los que se produzca una mera entrega de bienes, el cumplimiento de la obligación debida puede acarrear tantos inconvenientes e incluso más, que en cualquier otro procedimiento contractual; y ello porque dada la falta de existencia de pliegos que regulen el contrato, se pueden producir graves inconvenientes en la ejecución. Y, ello porque, si bien la propuesta del contratista, en atención al cumplimiento de las capacidades requeridas, es realizada como regla general por el responsable de este, sumado a una correcta dirección y control sobre la ejecución del contrato; cabe la posibilidad de que surjan cuestiones ajenas a ese control durante la vida del contrato que entendemos, son necesarias clarificar y que pasamos a analizar.

3.5.1. Subcontratación y Cesión

Si bien es cierto que los contratos menores se caracterizan por tener una relativamente, corta duración, la posibilidad de que su duración se extienda hasta un máximo de año, permite la aparición de diversas cuestiones relativas a su posible cesión a otro empresario o la subcontratación de una parte de la obligación establecida. Sin duda, la falta de pliegos

un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información”.

de prescripciones que establezcan estos y otros extremos en el contrato, son la razón de que tales circunstancias no esté tasadas previamente a la contratación y generen, *a posteriori*, inconvenientes no previstos.

Por lo que se refiere a la posibilidad de llevar a cabo una ejecución parcial de la prestación adjudicada a través de un contrato público por parte de terceros, la LCSP ha introducido algunas novedades con respecto al TRLCSP; la principal, la posibilidad del adjudicatario de subcontratar una parte de las actuaciones con otros empresarios sin imponer legalmente un límite o porcentaje máximo a la subcontratación⁵²⁰, como sí obligaba la norma anterior⁵²¹.

La nueva LCSP conserva algunas excepciones a la subcontratación -con buen criterio, a nuestro entender- basadas en cuestiones de seguridad del Estado, contratos reservados o secretos⁵²², en contratos de obras cuyas tareas críticas deben ser ejecutadas por el

⁵²⁰ Artículo 215.1 LCSP: “El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, ...”

⁵²¹ Artículo 227.2 TRLCSP: *e) “Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación”*. Y, artículo 227.7 TRLCSP: *“Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla”*.

⁵²² Según indica el Artículo 215.2 LCSP: *“La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación”*.

contratista principal⁵²³ y en el supuesto recogido en el artículo 296 LCSP, al referirse a la subcontratación del contrato de concesión de servicios⁵²⁴.

Sin duda esta flexibilidad en el fomento de la participación de terceros en la ejecución parcial de un contrato público, cuya presencia viene de la mano del adjudicatario, favorece la participación de PYMEs y micro PYMEs en el acceso a las contrataciones públicas; cuestión que emana desde el propio preámbulo⁵²⁵ de la ley cuando entre otros entre otras referencias indica que: *“Como medidas en beneficio de las PYMEs, se incluyen en este texto legal las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con lo que pasan a estar comprendidas dentro de su ámbito natural de aplicación; y se da un paso más allá al establecerse la obligación para el órgano de contratación, en los contratos que más frecuentemente acuden a la subcontratación, como son los de obras y de servicios de un determinado importe, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más riguroso que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales...”*.

Además de las anteriores, se encuentran aquí como medidas de apoyo a las PYMEs, todas las posibilidades de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a la participación

⁵²³ Tal y como se señala en el Artículo 215.2 LCSP: *“La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”*.

⁵²⁴ Supuesto este que no será de aplicación en los contratos menores dado que, como hemos indicado anteriormente, los contratos menores tienen por objeto, exclusivamente, la ejecución de prestaciones correspondientes a servicios, obras y suministros.

⁵²⁵ Preámbulo V de la LCSP.

de las empresas en los procedimientos de contratación pública. Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos; *“invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas⁵²⁶”*; y se incluye, de forma novedosa, como criterio de solvencia que tendrá que justificar el adjudicatario del contrato, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores, medida que pretende contribuir a que las PYMEs con las que subcontrate el adjudicatario, cobren sus servicios en plazo, y que se introduce como respuesta a las exigencias emanadas desde la propia Unión Europea, a través de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE⁵²⁷.

Pues bien, en el caso de la subcontratación de una parte de las prestaciones de un contrato menor -puesto que no existe regulación particular al respecto- debemos acudir a las normas establecidas con carácter general y asimilar las exigencias establecidas a este tipo de procedimiento, facultando así la posibilidad de realizar subcontrataciones en una prestación de carácter menor, siempre y cuando, esta posibilidad se haya recogido expresamente en los pliegos o bases de la contratación; y ello porque, como ya hemos señalado, la adjudicación de los contratos menores no exige la redacción de unos pliegos

⁵²⁶ Así se indica en el Preámbulo de la LCSP, apartado III y se establece en el artículo 99.3 LCSP: *“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.”*

⁵²⁷ Sin perjuicio de las múltiples referencias existentes a esta cuestión, hacemos referencia al primero de ellos, puesto que el hecho de estar recogido en el Considerando 2 de la Directiva indica el amparo que se les da a las PYMEs: *“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar de terminadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”*.

básicos que vinculen a las partes en el cumplimiento del contrato, salvo en aquellos supuestos en que dicha adjudicación se licite. Además, también será necesario que se cumplan todas las exigencias requeridas en la norma, esto es, comunicación previa por parte del contratista principal al órgano de contratación de la parte que será subcontratada, así como la identificación del subcontratista y la acreditación que justifique que éste reúne la capacidad suficiente para ejecutar la prestación encomendada⁵²⁸. Por tanto, para regular la posibilidad o no de llevar a cabo una subcontratación en este tipo de procedimiento, se deberá fijar tal extremo; así, en los contratos de obras, el proyecto es el instrumento en el que se dejarán fijados los límites de la subcontratación, mientras que, en los contratos de servicios y suministros, una simple referencia en las exigencias y obligaciones a cumplir por parte del adjudicatario, serían suficientes para cumplir este criterio.

Del mismo modo, en el supuesto de cesión de un contrato menor, entendemos que esta deberá someterse a la regulación establecida con carácter general para el resto de los procedimientos existentes en la norma la cual se encuentra recogida en el artículo 214 LCSP. Sin embargo, dadas las particularidades propias de este tipo de contratos, la cesión de un contrato menor va a resultar muy excepcional, por no decir nula, puesto que no siempre será posible ajustar los plazos de ejecución de un contrato menor -máximo un año- a los tiempos que implica la burocracia para hacer efectiva una cesión contractual de empresas, y a que dicha posibilidad sea admitida por el órgano contratante.

Cabe la excepcional posibilidad de que el órgano contratante haya elaborado una relación de normas para el cumplimiento de la ejecución del contrato o una especie de pseudo pliegos que vinculen al contratista, y que sean equiparables a las normas elaboradas para regir la contratación de carácter obligatorio en el resto de los procedimientos de contratación. Esta posibilidad -muy recomendable aunque poco utilizada- se acrecienta en aquellos supuestos en los que la adjudicación haya sido sometida a competitividad a través de un procedimiento de licitación; sin embargo, como regla general, a pesar de que se realice una licitación de los contratos menores, en la mayoría de los casos, la regulación al respecto se limita a establecer las exigencias

⁵²⁸ Artículo 215.2 LCSP.

mínimas que el contratista debe cumplir sin entrar en cuestiones de mayor calado como podría ser una posible cesión del contrato⁵²⁹.

3.5.2. Penalizaciones por incumplimiento del contrato menor

Otra cuestión objeto de reflexión que puede surgir durante la vida del contrato, es su incumplimiento por parte del adjudicatario -bien sea por superar el tiempo acordado para la ejecución del contrato, el contenido de las prestaciones a realizar o el tipo de bienes a entregar- cuestión que, en el caso de producirse en un contrato menor, tiene sus propias particularidades. Bien es cierto, que en estos supuestos no se acostumbra a la asistencia a la recepción de los trabajos por parte de la intervención por lo que tal comprobación queda en manos del responsable del contrato, que será quien indique los incumplimientos y estos den lugar a las posibles penalidades que conlleven aquellos.

Por un lado, tal y como reza el artículo 192.2 LCSP, “*cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo*”; el órgano contratante podría optar por la resolución del contrato o bien, por la imposición de penalidades al adjudicatario, siempre que estas se hubieran regulado para dicha contratación. Estas dos opciones que, *a priori*, podrían parecer muy sencillas, en la realidad del contrato menor, no lo son tanto; y es que, más allá de la resolución del contrato, cabe plantearse qué sucede cuando la aparición del incumplimiento de produce *a posteriori*, esto es, cuando la ejecución del contrato ya ha finalizado y la cosa entregada no se corresponde con la encargada; piénsese, por ejemplo, en la construcción de una fuente que, tras ser instalada no funcionara. En este caso, sin duda resulta ya imposible la resolución del contrato y tan sólo sería posible la imposición de penalidades. Ahora bien, como hemos indicado, resulta muy improbable que se haya regulado la imposición de tales penalidades puesto que, dadas las características propias de este procedimiento, y la

⁵²⁹ Al respecto de la posible licitación de los contratos menores nos hemos referido en el apartado 3.4.1.1. 1. de este estudio denominado: Licitación del contrato menor: La selección del contratista mediante un proceso de competitividad.

agilidad que se demanda en la contratación menor; no acostumbra a ser habitual, la redacción de pliegos administrativos, ni tan siquiera, un cuadro de condiciones que regulen un contrato menor.

Tal y como señala el artículo 192.2 LCSP *“Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*.

Por tanto, en el caso de que resulte ya imposible la resolución del contrato, porque el plazo para la ejecución haya finalizado, la única posibilidad existente resultaría ser la imposición de penalidades. Ahora bien, es necesario determinar si esta opción es viable, y, por tanto, si resulta posible imponer penalidades al contratista tras la finalización del contrato, atendiendo al tiempo transcurrido desde que el trabajo o la prestación fue realizada. Al respecto, ya no se obtendría su finalidad principal, esta es, la función coercitiva para la ejecución correcta del contrato, si bien, visto el pronunciamiento de la Intervención General de la Comunidad de Madrid en informe de 7 de febrero de 2003, referido a la naturaleza jurídica de las penalidades imponibles en la ejecución de los contratos, *“de ser exigida (la penalidad administrativa) una vez consumado el incumplimiento del plazo total del contrato, la penalidad quedaría desprovista de ese potencial coercitivo, mas no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria”*.

En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Castilla y León⁵³⁰, al señalar que cabe *“la posibilidad de imponer penalidades cuando ya ha terminado la ejecución de las obras puesto que el hecho de que la Administración no hubiera impuesto penalidades ni hubiera formulado queja alguna en el momento de la recepción de la obra no implica, sin más, que la culpa del retraso no fuese del contratista (Sentencia de la Sala Tercera, sección 4ª, de 7 de febrero de 2006), extremo que puede y debe ser apreciado en forma contradictoria”*.

⁵³⁰ Sentencia núm. 277/2012, de 21 de febrero de 2012.

En este sentido, resulta necesario determinar hasta dónde alcanza la temporalidad de dicha imposición tras la finalización del contrato. Examinada la jurisprudencia existente sobre el asunto, cabe entender que el plazo que tiene la Administración para ejercer las acciones nacidas del contrato administrativo es el previsto en el artículo 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para el reconocimiento de créditos a favor de la Hacienda Pública, esto es, cuatro años.

Por lo que se refiere a la efectiva imposición de dichas penalidades, vista la referencia a que las mismas se encuentren reguladas en los pliegos⁵³¹; y que, como hemos dicho, en las contrataciones directas no suele elaborarse un documento que regule este ni otros extremos de la contratación; entendemos que, dada su naturaleza, -y, sin perjuicio de que se presupone el conocimiento por parte del órgano de contratación de la capacidad técnica y profesional de la empresa- no se puede eximir de toda responsabilidad al contratista en cualquiera que sea su actuación en la ejecución del contrato, puesto que supondría desamparar a la administración contratante ante cualquier incumplimiento que se produjera en este tipo de procedimientos.

Finalmente, en cuanto al alcance de estas, tal y como indica el artículo 194.2 LCSP *“Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores... se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos”*; ahora bien, también puede suceder que la advertencia del incumplimiento del contrato, se produzca con posterioridad al pago del precio, por lo que resultaría imposible deducir las cantidades pendientes de abonar al contratista; además, tampoco resultaría viable la posibilidad de repercutir la indemnización sobre la garantía depositada puesto que, como se ha dicho, en este tipo de contratos, no corresponde la constitución de garantía.

Por tanto, como solución a esta cuestión, el órgano de contratación sólo podrá exigir al adjudicatario una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, tal y como

⁵³¹ Artículo 192.1 LCSP: *“Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido”*.

reza el artículo 194.1 LCSP: “*En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios*”, que habrán de ser propuestos por el responsable del contrato⁵³² y que conllevarían la oportuna incorporación de su regulación a través de un documento que, aunque de manera somera, incorporara los extremos mínimos necesarios para proteger al órgano contratante frente a los posibles incumplimientos en la ejecución del contrato.

Ahora bien, quizás este sería únicamente un mecanismo de disuasión ante un empresario poco diligente, puesto que, la escasa indemnización económica resultante - dado que esta ha de ser proporcional al daño generado y, al tratarse de un contrato menor, no va a ser demasiado elevada- resultarían en modo alguno beneficioso para el órgano de contratación, dada la complejidad de los trámites y el coste de los recursos humanos necesarios para imponer finalmente dichas penalidades; por lo que es muy probable que solamente en contadas ocasiones se inicie el procedimiento necesario para reclamar una indemnización por incumplimiento de un contrato menor.

3.5.3. Modificaciones

3.5.3.1. Modificación del contrato menor

Una de las cuestiones recurrentes que subyace en la práctica diaria de los diferentes órganos de contratación y a sus gestores es sin duda, la que afecta a la confusa posibilidad de realizar modificaciones durante la ejecución de un contrato menor, ya que dicha facultad implicaría cambios en los estándares básicos de este modelo de procedimiento que no están claramente reflejados en la norma y que, podrían suponer un choque frontal con los requisitos propios de esta figura.

⁵³² Según contempla el artículo 194.2 LCSP “*Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, ...*”.

Con carácter general, la modificación de los contratos⁵³³ se contempla en la ley como excepcional y por tanto no debe utilizarse de manera arbitraria ni ha de entenderse como una concesión para atribuir a los órganos de contratación una potestad exorbitante que les permita de manera abusiva modificar las condiciones esenciales del contrato establecidas en los pliegos de la licitación y que son, a la postre, las normas que regirán el futuro contrato.

En su origen, la modificación contractual surge como una facultad contraria a la inmutabilidad del contrato basada en la *lex contractu* que son los propios pliegos contractuales⁵³⁴ pero que, poco a poco han mutado hasta ser identificadas las modificaciones contractuales, como una necesidad propia del contrato entendido este como un instrumento vivo y no rígido; lo que para el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, “*da una muestra de que frente al principio de inmutabilidad de los contratos privados y al correspondiente carácter estático de éstos, los contratos administrativos presentan una naturaleza dinámica, permitiéndose la alteración unilateral del contrato sobre el contratista por razones exclusivamente de interés general o público*”⁵³⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado, se ha pronunciado a este respecto reconociendo la posibilidad de llevar a cabo modificaciones contractuales, como una prerrogativa *privilegiada* de las administraciones públicas, cuya aplicación se enmarca en la existencia de un interés público *claro, patente e indubitado*⁵³⁶ que justifique la modificación pretendida, siempre que la misma sea sobrevenida, esto es, derivada de la exigencia de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas⁵³⁷.

⁵³³ Artículos 203 a 207 de la LCSP.

⁵³⁴ Tal y como señala Vázquez Matilla, F. J., Tesis doctoral: “La modificación de los contratos públicos”, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2014, en concreto, p. 39.

⁵³⁵ Nuevamente, Vázquez Matilla, F. J., Tesis doctoral: “La modificación de los contratos públicos”, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2014, en concreto, p. 46.

⁵³⁶ Dictamen del Consejo de Estado núm. 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991.

⁵³⁷ “*El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del ius variandi, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, “podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas”. La concurrencia tanto del interés público que legitime la modificación contractual como de las necesidades nuevas o causas imprevistas a que se*

Pues bien, una vez superada esta cuestión, debemos ahondar en el análisis de los aspectos que le son propios a las modificaciones contractuales.

A pesar de lo habitual que parece resultar en la práctica diaria la realización de modificaciones en los contratos tras su formalización, ello no resulta fácilmente detectable, tal y como se ha manifestado por la OIRESCON⁵³⁸, que pone de manifiesto que, si bien la obtención de la información en materia de modificados no resulta imposible, la realidad de los datos es notablemente confusa y mejorable; y ello es así por dos motivos esenciales, por un lado, debido a las limitadas opciones que contempla la Plataforma de Contratos del Sector Público a la hora de registrar los modificados llevados a cabo en los contratos; y por otro, por las confusiones de los órganos de contratación al calificar como modificados lo que en realidad no son más que prórrogas contractuales⁵³⁹, “y que supone tergiversar los datos en relación a las modificaciones ya que se incluyen como modificaciones, actuaciones que en puridad no lo son, afectando de lleno a la calidad del dato en este extremo, obstaculizando su análisis y seguimiento, y la posible detección de prácticas anticompetitivas o colusorias⁵⁴⁰”.

Además, el referido informe establece la necesidad de publicar en todo caso, el anuncio de modificación de un contrato y la justificación de la misma, como una de las grandes novedades introducidas en lo que respecta a la publicidad de los contratos; ya que resulta esencial para el seguimiento del contrato comprobar la oportunidad y legalidad de su modificación⁵⁴¹; y ello porque es fundamental disponer de la información relativa a las

refiere el citado artículo 101 de la LCAP, debe quedar justificada en el expediente, conforme a este precepto”. Dictamen del Consejo de Estado núm. de expediente 1.531/2003, de 24 de julio, Documento CE-D-2003-1531.

⁵³⁸ Informe Anual de la Contratación Pública, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en España del año 2019.

⁵³⁹ Si bien, destaca el Informe de la OIRESCON que *algunas plataformas autonómicas sí tienen ese dato estructurado y lo han incorporado a sus buscadores como criterio de búsqueda o con una sección específica, como es el caso de la C. de Madrid o de la C.A. del Principado de Asturias, aunque ésta última hace publicaciones de forma agregada lo cual impide su tratamiento o reutilización.*

⁵⁴⁰ Nuevamente, Informe Anual de la Contratación Pública de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en España del año 2019, pp. 38 y ss.

⁵⁴¹ *No en vano, las modificaciones contractuales han sido identificadas como uno de los posibles riesgos en la contratación pública, al poder ser entendido como un aumento encubierto del presupuesto base de*

modificaciones de manera íntegra, abierta y correcta, dada la clara incidencia que tiene en el principio de competencia y concurrencia en las licitaciones, y ya no solo para el ciudadano desde un punto de vista de la transparencia exigida por la norma, sino, sobre todo, para los órganos encargados del contrato y la supervisión en la contratación pública.

Más allá de este informe, la posibilidad de realizar modificaciones de los contratos adjudicados se recoge en la ley como una práctica excepcional u ocasional limitada a supuestos de interés público y a ciertos supuestos tasados⁵⁴² y, por tanto, es así como debe emplearse, ya que un uso indiscriminado de esta potestad podría traer consigo una violación del principio de seguridad jurídica, en caso de que la modificación afectase a las condiciones esenciales de la contratación. En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, Asunto C-496/99 P, cuando, como consecuencia de una modificación en el método de pago en especie establecido en el pliego, señala cuales deben ser los aspectos clave propios de las modificaciones de un contrato; y estos son:

1º. El alcance de la modificación

Una modificación de calado o sustancial tras la adjudicación puede afectar a la esencia de la propia licitación en cuanto a la voluntad de los posibles participantes en la misma, puesto que, si hubieran conocido la existencia de nuevas condiciones, la posible participación se podría haber visto afectada⁵⁴³.

licitación (y por ende del precio de adjudicación), de tal forma que los licitadores, en el momento de presentar su oferta, realizan una baja económica, en ocasiones arriesgada, contando con la posibilidad de modificar el contrato durante su ejecución y compensar así el coste y el precio ofertado. P. 38 del Informe Anual de la Contratación Pública, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en España del año 2019.

⁵⁴² Artículo 203.1 LCSP: “Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207”.

⁵⁴³ STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99:

77 Por consiguiente, la sustitución de manzanas o de naranjas por melocotones en pago de los suministros de que se trata y la fijación de los coeficientes de equivalencia entre estas frutas constituye una

2º. La regulación de la modificación recogida en los pliegos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece que aquellas posibles modificaciones futuras, deberán contemplarse, en todo caso, previamente en los pliegos que rigen la licitación dado que de lo contrario se estaría contraviniendo el Principio de Igualdad; y así lo señala en el apartado 118 de la citada Sentencia: *“En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta”*.

Esta famosa Sentencia, ha sentado las bases de actuación en cuanto a las modificaciones de los contratos estableciendo como pilares inamovibles de cualquier cambio sustancial de un contrato, los principios de transparencia y de igualdad de trato, al señalar que *“la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas⁵⁴⁴”*.

Y así, sobre la base de esta jurisprudencia plenamente consolidada respecto a las modificaciones contractuales de carácter general, debemos concretar si existe o no la posibilidad de realizar modificaciones en los contratos adjudicados de manera directa -a lo que ya adelantamos que la ley no restringe esta posibilidad- y en su caso, el alcance de

modificación importante de una condición esencial del anuncio de licitación, en concreto, las modalidades de pago de los productos que deben suministrarse.

117 De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse.

⁵⁴⁴ Para ahondar en este tema, Gallego Corcolés, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, *X Congreso de la AEPDA*, Madrid, 2015.

las mismas; pero para llegar a esa conclusión resulta imprescindible analizar previamente las características que le son propias.

Al respecto y plenamente de actualidad se encuentra el Informe 4/2001, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la modificación contractual de los contratos menores que, hoy en día, continúa siendo una referencia en este tema. Tal y como se señala en dicho informe, también en el caso de las modificaciones en los contratos menores, debemos atender a las características generales de los modificados recogidas en la ley y cuyos aspectos hemos referido anteriormente; por tanto, nada impide que, de darse las circunstancias necesarias para realizar una modificación, esta se lleve a cabo, aunque se trate de un contrato menor. Ahora bien, de la propia ley se desprende la imposibilidad de que los cambios a introducir en un contrato menor vayan más allá de sus propias características generales y, por tanto, deberá atenderse a esta peculiaridad propia antes de realizar cualquier modificación en este tipo de procedimiento.

En conclusión, los límites económicos y temporales fijados en la ley, no podrán ser sobrepasados en una modificación; esto es, en primer lugar ha de tratarse de una modificación sobrevenida y que atienda a razones de interés público, en segundo lugar, la suma económica de la adjudicación más el incremento de la modificación no podrá superar, en ningún caso, la cuantía económica establecida por tipo de contrato; y finalmente, si estos requisitos se cumplen, no cabe la posibilidad de ampliar la duración del contrato más allá de doce meses de duración sumado el tiempo implementado a la duración inicial. Además, nada impide, como se indica en el informe 4/2001, que se elaboren pliegos que definan los requisitos de la contratación en mayor o menor medida en los que se recoja la posibilidad que permita introducir cambios más o menos sustanciales, dentro de los límites del contrato menor. Por tanto, se puede afirmar que, si bien las modificaciones pueden resultar de gran utilidad en ocasiones puntuales, sin embargo, aquellas que tienen un alcance sustancial y no han sido recogidas en los propios pliegos contractuales, adolecen de una falta de planificación por parte de sus creadores, lo cual debe ser evitado en la medida de lo posible.

Sin embargo, en otras ocasiones, se puede deber a un abuso intencionado del órgano de contratación, es decir, que partiendo de una pretensión inicial cuyo alcance sea mayor

a lo permitido en la regulación del contrato menor -y que, por tanto, implicaría celebrar un procedimiento de libre concurrencia- su voluntad sea que la prestación sea ejecutada por un contratista determinado, celebrando con este un contrato menor con la intención de llevar a cabo una modificación del mismo *a posteriori*⁵⁴⁵.

Pues bien, si esta pretensión de un uso fraudulento de la modificación del contrato resultara demostrada, sería declarada nula de pleno derecho, puesto que se habría dictado a sabiendas de que la voluntad del órgano de contratación era llevar a cabo una adjudicación directa para eludir así el procedimiento legalmente establecido⁵⁴⁶ y, por tanto, incumpliendo una de las causas necesarias que pueden dar lugar a realizar una

⁵⁴⁵ O incluso, justificando un segundo contrato menor con el mismo adjudicatario justificándolo en diferentes cuestiones como que la parte principal la ha ejecutado el licitador anterior y, por tanto, dicho contratista es el máximo conocedor de las necesidades puesto que ya ha realizado una parte o en que contratar a otra empresa incrementaría los gastos; en cuyo caso, estaríamos ante un fraccionamiento del objeto del contrato y no en una modificación fraudulenta del contrato principal.

⁵⁴⁶ Si bien, la LCSP, recoge los supuestos tasados de las causas de nulidad de los contratos públicos, en este sentido, el artículo 39 de dicho cuerpo normativo, reenvía a los supuestos de nulidad recogidos en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual, *los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- a) *Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) *Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) *Los que tengan un contenido imposible.*
- d) *Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) *Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.*

Y, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulnerasen la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

modificación, y esta es que se trate de una situación sobrevenida⁵⁴⁷. Así, y como consecuencia de dicha invalidez contractual, se deberá liquidar el contrato, y las partes se deberán restituir recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud de este⁵⁴⁸; -lo que sin duda puede resultar de gran dificultad e incluso imposible en este tipo de contratos, puesto que, dada su brevedad, el contrato menor podría haberse consumado ya, cuando se detectase el fraude- o bien, ante la imposibilidad de restitución de las cosas a la situación anterior, señala el precepto 42.1 LCSP *y si esto no fuese posible se devolverá su valor*, lo que implica, abonar los trabajos realizados además de una indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria Sin embargo, a pesar de la comisión de una irregularidad por parte del órgano de contratación que lo declare nulo, el legislador permite que si aquella pudiera producir un grave trastorno al servicio público se acuerde la continuación de sus efectos en tanto en cuanto, se adopten las medidas urgentes necesarias para evitar el perjuicio⁵⁴⁹. En nuestra opinión, el legislador se ha quedado corto en este asunto al ocuparse en la regulación, únicamente, de los actos preparatorios y de la adjudicación propiamente dicha, e igualando los efectos de la declaración de nulidad y de anulabilidad sin entrar a establecer mayores consecuencias y efectos, lo que implica que el régimen de invalidez de los contratos deba completarse con los preceptos referidos a la resolución de los contratos (art. 211-213 LCSP)⁵⁵⁰.

Antes de finalizar este apartado, queremos traer aquí una particular situación que nace en la práctica diaria sobre las modificaciones de los contratos de obra y, sin embargo, resulta significativa la confusión que se llega a producir con respecto a los excesos de medición. No debemos olvidar que estos excesos de medición, son una modificación

⁵⁴⁷ Al respecto resulta recomendable el estudio realizado Liñeira Piñeiro, J., “Cuestión de nulidad en la Ley de contratos del Sector Público”, *Revista de la Asesoría Jurídica de la Junta de Galicia*, nº 6, 2011, pp. 167- 179.

⁵⁴⁸ Artículo 42.1 LCSP: “*La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo...*”.

⁵⁴⁹ Artículo 42.3 LCSP.

⁵⁵⁰ Al respecto de la invalidez de los contratos, resulta muy interesante Díaz Sastre, S. en su ponencia “Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público”, publicada en la *Revista Documentación Administrativa Nueva Época*, nº 5, enero-diciembre 2018, pp. 69-92, en concreto p.71.

contemplada y permitida de manera expresa en la ley pero, aunque parecen haberse establecido como una práctica habitual en este tipo de actuaciones, debemos recordar con insistencia el grave error en que pueden incurrir las administraciones si estos se produce en un contrato menor sin respetar sus exigencias generales, puesto que, si es necesario que se realicen en alguna contratación en particular, nunca deberán superar los límites temporales y económicos a los que se restringir este procedimiento dado que, en caso contrario, la modificación por exceso de medición no debería llevarse a cabo.

Finalmente, para concluir esta parte del estadio, queremos hacer una reflexión sobre el tipo de modificaciones que nos podemos encontrar en las contrataciones. Bien es cierto que cuando se habla de modificación de los contratos, éstas, siempre se plantean como una modificación al alza, esto es, debido a un incremento de los trabajos que conlleva un aumento del precio inicial, o una ampliación en su duración, pero finalmente y en todo caso, siempre se presenta como un incremento en las exigencias de la ejecución inicialmente planteadas.

Ahora bien, debemos contemplar también la posibilidad de que las posibles modificaciones puedan suponer un recorte en las prestaciones o en los tiempos inicialmente contemplados para la ejecución de los trabajos contratados en el momento de la adjudicación del contrato. Esta posibilidad que, ciertamente es remota -dado que la regla general es que surjan necesidades que amplíen lo exigido inicialmente en el contrato y, *por ende*, trae consigo un incremento en los plazos de ejecución- va a conllevar una serie de responsabilidades e indemnizaciones por las que deberá responder la administración contratante al adjudicatario; pero en ningún caso, puede plantear un perjuicio para el contratista ni la existencia de una adjudicación irregular respecto del procedimiento de contratación empleado, puesto que si las necesidades iniciales correspondían a la tramitación de un contrato menor por reunir todos los elementos propios para poder tramitarse como tal, nada impide que el mismo se modifique a la baja, puesto que *qui potest plus potest minus*; y en idéntico sentido se estará a la capacidad del adjudicatario.

3.5.3.2. Prórroga y revisión de precios

En cuanto a la posibilidad de prórroga de un contrato de adjudicación directa, la propia ley es contundente al respecto y establece categóricamente su prohibición al señalar que

“los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga⁵⁵¹”.

Ahora bien, si tal y como acabamos de señalar, existe la posibilidad de realizar modificaciones en este tipo de contratos siempre que no se superen ciertas exigencias económicas y temporales, ¿por qué no resultaría posible realizar una prórroga siempre que no se superaran dichos límites? Y, por tanto, ¿a qué responde esta prohibición de la ley?

Entendemos que, tal prohibición va más allá de las restricciones propias del contrato estrictamente hablando, y que se refiere a los aspectos originales del mismo, esto es, a su carácter excepcional. Por tanto, si hablamos de una necesidad de reiteración con respecto a una demanda de la administración contratante, no podemos responder a la misma utilizando este tipo de procedimiento, y si la prórroga se fundamentase en una falta de previsión, esta tampoco podría ser justificada realizando un nuevo contrato menor.

Así, ante la falta de previsión generalizada en las contrataciones públicas⁵⁵², se debe acudir a la prudencia y emplear aquel procedimiento que más se ajuste a las futuras necesidades, evitando acudir a una tramitación menos compleja de entre las contempladas en la ley si no existe certeza de su verdadero cumplimiento o, si tan siquiera existe una ligera posibilidad de que se puedan producir alteraciones durante la ejecución del contrato que puedan traer consigo la invalidez del mismo. En este sentido, nuevamente el Informe 4/2001 de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, en su consideración quinta recuerda la exigencia de previsión al señalar que *“La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 40/95, de 7 de marzo de 1996, establece que corresponde al órgano de contratación, cuando el contrato es susceptible de calificarse como menor y al mismo tiempo ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, optar por el régimen*

⁵⁵¹ Artículo 29.8 LCSP.

⁵⁵² Bien es sabido que, a pesar de lo establecido en el artículo 28.4 LCSP, la falta de planificación en la contratación pública es la tónica habitual por parte de los diferentes órganos de contratación y así lo reflejan entre otros, el Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme el artículo 33 2.11 de la LCSP, de 29 de julio de 2019; o la Guía sobre prestación pública y competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 16 de diciembre de 2020.

simplificado del artículo 57 o por la tramitación completa del expediente con pliegos, garantías, ... y por la adjudicación, con constitución, en su caso, de Mesa de contratación y solicitud de ofertas.

Esta Comisión Permanente entiende que los órganos de contratación que prevean que los contratos se pueden desviar, con ocasión de los modificados, del importe total previsto en la Ley para los contratos menores, deberán tramitar el expediente principal por el procedimiento previsto en la Ley que más se adapte a la naturaleza del objeto del contrato que se licite”.

Opinión que compartimos puesto que, como ha quedado demostrado, una correcta planificación evita problemas mayores, tales como la necesidad de acudir apresuradamente a la realización de modificados o nuevas contrataciones, que podrían traer consigo retrasos en la consecución de la prestación, incremento del gasto y, peor aún, un fraccionamiento del objeto del contrato, con las consecuencias que ello conlleva. Por tanto, en nuestra opinión y ante la falta generalizada de los trabajos de planificación previa por parte de muchos de los órganos de contratación en algunos casos y, en otros, ante situaciones inesperadas en las que no se pueda asegurar rotundamente que no se producirán nuevas exigencias; se deberá ser lo más diligente y cauto posible y, emplear en todo caso, otros procedimientos que contemplen la posibilidad de ajustar el contrato a las necesidades que puedan surgir en el futuro. Es decir, siempre que el supuesto de contratación encaje en los parámetros de un contrato menor y ante la incertidumbre de nuevas alteraciones futuras, lo más recomendable sería acudir a procedimientos cuya tramitación también sea ágil, pero que al mismo tiempo admita posibilidades que están absolutamente desechadas en el caso del procedimiento menor como la posibilidad de realizar prórrogas, que su duración pueda sobrevenir superior a un año, etc. Nos estamos refiriendo a las alternativas existentes a la contratación menor y más concretamente, al procedimiento abierto simplificado sumario que, -como ya hemos señalado en este trabajo- dadas sus características, se sitúa a caballo entre el contrato menor y el procedimiento abierto tradicional u ordinario, y cuya tramitación es verdaderamente ágil; el cual permite la posibilidad de llevar a cabo prórrogas, modificaciones del contrato, y otras capacidades que el legislador ha excluido en el contrato menor.⁵⁵³

⁵⁵³ Al respecto se ha realizado un análisis pormenorizado de esta figura en el Capítulo II de este trabajo: Alternativas al contrato menor.

Finalmente, por lo que se refiere a la prohibición de la revisión de precios en los contratos menores esta circunstancia quedaba clarificada en sentido negativo en el artículo 56 del Real Decreto Legislativo, 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su párrafo segundo en los siguientes términos: *“Estos contratos no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios”*. Si bien la norma actual no hace una referencia expresa a dicha limitación, esta prohibición se mantiene, sobre la base del contenido del artículo 103 LCSP, puesto que dicho precepto establece con carácter general la no revisión de precios -salvo en los contratos sujetos a regulación armonizada- y las posibilidades que contempla se refieren a aquellas circunstancias en las que haya transcurrido cierto periodo de tiempo desde el inicio del contrato, o un porcentaje de la ejecución del mismo, exigencias ambas que en el caso del contrato menor no caben vistas las características propias de este en cuanto a duración, pero fundamentalmente, en cuanto a la naturaleza propia para lo que fue creado.

3.5.3.3. Suspensión, extinción e impugnación

A) Suspensión de contrato menor

Al igual que ocurría en los aspectos relacionados con la subcontratación y cesión de los contratos y, a falta de una regulación expresa, debemos acudir también en cuanto a la suspensión y a la extinción de los contratos menores, a las reglas de carácter general para todos los procedimientos, recogidos en la ley de contratos.

En el caso de la suspensión, su regulación se recoge en el artículo 208 LCSP la cual se equipara con la existente en la normativa anterior⁵⁵⁴, con excepción de la novedosa incorporación referida al desarrollo de las reglas para el pago de los daños y perjuicios sufridos por los contratistas afectados a causa de aquella.

Ahora bien, en el caso de los contratos menores, aceptando -conforme a la aplicación de las reglas generales a este procedimiento- la posibilidad de la administración

⁵⁵⁴ Artículo 220 TRLCSP.

contratante de suspender la ejecución del contrato; es necesario plantear el alcance de la suspensión en este tipo de procedimientos. Esto es, si en estos casos, la regla del límite temporal de un año que rige para el contrato menor debe comprender desde la adjudicación del contrato hasta su finalización formal sin sumar el tiempo de suspensión del mismo; en cuyo caso, se atendería únicamente al periodo de ejecución real y efectiva de la prestación. O si, por el contrario, el periodo máximo de ejecución de un año debe comprender todo el tiempo transcurrido desde su adjudicación hasta su finalización, incluyendo en dicho cómputo, el periodo de la suspensión.

Veamos la continuación, las posibles respuestas que pueden dar luz a esta compleja situación.

Por un lado, hemos de partir de que la suspensión de la ejecución de un contrato deriva de la voluntad de la administración contratante, debido a una situación sobrevenida que impide continuar con la ejecución del contrato, pero con la finalidad de dar continuidad a la misma, una vez extinguida la causa que llevó a la paralización temporal del contrato.

Ahora bien, fijado en los pliegos que rigen la contratación, el plazo máximo de ejecución de la prestación, este deberá cumplirse por el contratista; para ello, se deberá sumar el periodo de ejecución previo a la suspensión y el posterior a la misma; no debiendo incluirse en dicho cómputo, el periodo de paralización de ejecución de la prestación.

Tal interpretación ha de hacerse con independencia del tipo de contrato de que se trate, incluso en contratos menores.

Así, dada la regla máxima recogida en la regulación para este tipo de contratos y su imposibilidad de ser prorrogado, entendemos que, en caso de resultar forzosa la suspensión, el total del periodo comprendido desde la adjudicación hasta su finalización, no puede superar la anualidad, incluido el plazo de suspensión; y ello por los principios que rigen este procedimiento; esto es, la celeridad y agilidad que se le atribuye, en respuesta a ciertas necesidades sobrevenidas de la administración contratante que no han podido ser planificadas y ejecutadas a través de otro procedimiento y por tanto, dada la

necesidad de improvisación que se presume de dichas contrataciones, carecería de sentido, alargar su conclusión.

Sin embargo, resulta factible, considerar que, debido a esa celeridad con la que se lleva a cabo un contrato menor en respuesta a esas circunstancias no previstas; también se podría contemplar la posibilidad de nuevas situaciones sobrevenidas una vez iniciado el contrato que dieran lugar a la necesaria suspensión de este.

Como solución a esta cuestión, la interpretación que se entiende más correcta es la de admitir la suspensión de un contrato menor, siempre que su ejecución total, incluido el tiempo de paralización de este, se restrinja a la anualidad máxima que contempla la legislación vigente.

B) Extinción de contrato menor

Al igual que en el resto de los procedimientos contractuales, el contrato menor se da por terminado conforme a las causas recogidas en la ley, es decir, como norma general será la correcta ejecución y el cumplimiento íntegro del contrato⁵⁵⁵ lo que dará por extinguida la relación contractual; o bien, como situación excepcional, la extinción se puede producir por resolución⁵⁵⁶ del mismo, pudiendo aplicarse todas las causas recogidas en la ley también a los contratos menores, incluido el desistimiento. Del mismo modo, le serán de aplicación el procedimiento para declarar la extinción del contrato y sus efectos⁵⁵⁷.

C) Impugnación

Como corolario del apartado anterior, resulta necesario detenernos en la posibilidad que existe de que las adjudicaciones de los contratos menores puedan ser recurridas. La ley de contratos recoge en su artículo 44 los actos contractuales que son recurribles a

⁵⁵⁵ Artículo 210 LCSP.

⁵⁵⁶ Artículo 211 LCSP.

⁵⁵⁷ Artículo 212 y 213 LCSP.

través del recurso especial de materia de contratación y enumera las actuaciones propias del mismo. Ese mismo precepto, también se ocupa del recurso contra aquellos actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas pero que no reúnen los requisitos del apartado 1 del mismo⁵⁵⁸ -en donde se hallan los contratos menores- y remite para ello a la Ley del procedimiento administrativo común y a la jurisdicción ordinaria⁵⁵⁹, cuya referencia directa es al artículo 112 de la Ley 9/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que contempla la impugnación de las resoluciones y actos de

⁵⁵⁸ Artículo 44 LCSP. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.

1. *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*

b) *Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*

c) *Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.*

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios”.

⁵⁵⁹ Artículo 44.6 LCSP: *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

trámite dictados, a través de los recursos de alzada y potestativo de reposición⁵⁶⁰. Completa este fundamento, la Disposición Final Cuarta de la Ley de Contratos, cuando dispone lo siguiente: “*los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias*”. Por todo ello, cabe la interposición del recurso de alzada y el potestativo de reposición contra los contratos menores; se plantea la duda de si sólo puede serlo el adjudicatario o si, por el contrario, puede ser recurrido por terceros ajenos a la contratación.

A pesar de ambas remisiones, debemos entender que, la adjudicación de un contrato menor, en tanto que se trata de un acto administrativo, puede ser impugnado con las mismas garantías que cualquier otro, por tanto, la interposición de los recursos de alzada y reposición ante el órgano de contratación debe someterse a los plazos establecidos para ello además de ser sujeto legitimado. Al respecto, la referencia hecha en el propio artículo 112.1 LPACAP nos indica que *podrán interponerse por los interesados* -refiriéndose a los recursos de alzada y de reposición-; esto es, los sujetos definidos como tal, en el artículo 4 del mismo cuerpo normativo⁵⁶¹, es decir, cualquier persona física o jurídica

⁵⁶⁰ Artículo 112 LPACAP: *1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.*

⁵⁶¹ Artículo 4 LPACAP:

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

“titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales”, y aquellos que hayan obtenido tal condición “por alguna relación jurídica transmisible”.

En cuanto al plazo para su interposición de los recursos administrativos, también habrá que acudir a las normas generales contra actos administrativos, esto es, para el caso de actos expresos, el plazo máximo será de un mes y, en *“caso contrario, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto”*⁵⁶². Ahora bien, huelga decir, que la posibilidad de entender como acto expreso la adjudicación de un contrato menor, puede plantear cierta controversia puesto que, como analizaremos en el siguiente apartado, la publicidad de la adjudicación sólo es exigible trimestralmente; y por tanto nos encontramos ante dos posibilidades, por un lado que el recurrente sea el adjudicatario o alguno de los participantes en la selección del contratista -siempre que se hubiera llevado a cabo una licitación posibilidad que hemos expuesto en el apartado 3.4.1.1.1 de este estudio- en cuyo caso, el plazo empezaría a contar desde la notificación de la adjudicación⁵⁶³. Y, por otro lado, aquellos que resulten concededores de la decisión administrativa a través de la publicación en el perfil del contratante; sin embargo, sería mucho más recomendable

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

⁵⁶² Artículo 124 LPACAP: *1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.*

Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

⁵⁶³ Artículo 30 LPSCAP: *4. Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo.*

Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo.

llevar a cabo la publicación de manera inmediata a la notificación puesto que la norma establece plazos máximos, pero no mínimos para tal obligación.

Para concluir, queremos señalar que los interesados también pueden acudir a la vía contencioso-administrativa⁵⁶⁴ para la reclamación de sus intereses en materia de contratación pública cuando las decisiones del órgano de adjudicación agoten la vía administrativa, bien mediante actos expresos o presuntos, esto es, tras la resolución de un recurso de reposición o de alzada, o a través del silencio administrativo⁵⁶⁵; y ya sean actos definitivos o de trámite conforme al artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁵⁶⁶.

3.5.3.4. Efectos y consecuencias de la aprobación del artículo 118 LCSP

Analizados hasta aquí de manera pormenorizada, cada uno de los requisitos y de las exigencias de carácter obligatorio que contempla la LCSP 17 para el procedimiento de contratación menor, queremos ahondar en el impacto que el precepto ha causado entre todos aquellos que resultan afectados de una u otra manera por él, desde su aprobación en noviembre de 2017, hasta la fecha.

A pesar de los profundos cambios que ha sufrido la figura del contrato menor en la Ley 9/2017, como hemos visto en el análisis precedente, aún se mantienen muchos de sus elementos distintivos originales como son:

⁵⁶⁴ Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio. Asunto: Sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁶⁵ Para los supuestos de impugnaciones frente a contrataciones menores, no cabe la interposición del recurso especial en materia de contratación recogido con carácter general en el artículo 44 LCSP, ya que, a pesar de que la nueva regulación ha ampliado el marco de actuación de este, no es de aplicación a estos procedimientos por lo que la vía administrativa, recogida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre será la única contemplada; sin perjuicio de la contencioso-administrativa.

⁵⁶⁶ Artículo 25 LJCA: “1. *El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”.

-Los documentos mínimos exigidos que forman el expediente *-aprobación del gasto, incorporación de la factura, proyecto y presupuesto en los contratos de obras e informe de supervisión en su caso-* cuyo contenido se venía requiriendo desde las regulaciones precedentes.

-La duración máxima limitada a un año desde su adjudicación.

-Los límites económicos que, aunque las cuantías han sido modificadas a lo largo de los años es un criterio que permanece estable.

-Y, la prohibición de llevar a cabo prórrogas.

Por ello, a la vista de que ciertas obligaciones permanecen constantes a lo largo de las normas que han regulado esta figura, no podemos negar que la nueva ordenación ha supuesto un cambio radical en la actividad contractual con importantes consecuencias, a saber:

A) Exigencia de planificación

La necesidad de llevar a cabo una correcta programación de la actividad contractual a medio y largo plazo de las administraciones públicas con la finalidad de racionalizar la contratación pública ha sido una de las principales batallas a lo largo de los años, sin embargo, lo que hasta ahora era una mera facultad *-reconocida con la finalidad de reducir los plazos de exposición de ciertos contratos, en particular los sometidos a regulación armonizada-* se ha convertido en una exigencia en la nueva Ley de contratos. La obligación de programación se concreta en el artículo 28.4 LCSP y se refiere con carácter general a toda la actividad contractual anual o plurianual de las entidades públicas e incluye, además, la exigencia de publicar un *plan anual de contratación*. Todo ello ha de trasladarse necesariamente a los contratos menores para limitar, en la medida de lo posible, su utilización más allá de aquellas situaciones que realmente se ajusten a las particularidades de esta figura y utilizar los nuevos procedimientos *-abierto simplificado y abierto simplificado sumario-* en aquellos supuestos en lo que antes se acudía al contrato menor.

B) Aumento de la burocracia

Sin duda, la modificación de la tramitación del expediente del contrato menor implica como consecuencia directa, un incremento de la burocracia y, por tanto, el retraso en las adjudicaciones que se lleven a cabo por este procedimiento, perdiendo en parte la agilidad y la sencillez propias de esta figura. Este aspecto, resulta sin duda más problemático en los casos de adquisiciones de pequeña cuantía, en los que no resulta operativo llevar a cabo un procedimiento que, -aunque aún sigue siendo más sencillo que el resto de los procedimientos de contratación pública- ha aumentado notablemente las fases de su tramitación.

C) Falta de uniformidad entre las diferentes interpretaciones administrativas

Aunque una de las principales controversias del artículo 118 LCSP era el límite económico impuesto a los órganos de contratación que excluía las adjudicaciones directas a un mismo empresario, ha sido eliminado tras la reforma de febrero de 2020⁵⁶⁷; las consultas planteadas con la aprobación de la LCSP 17 a las Juntas Consultivas de Contratación planteaban otras cuestiones que, aún continúan a la espera de una interpretación vinculante que arroje algo de luz y concreción sobre las lagunas que ha creado el artículo 118 LCSP, y que no han sido aclaradas, lo que sumado a la falta de jurisprudencia -dada su reciente entrada en vigor- que pueda defender unas u otras posturas obliga a adoptar medidas en base a los informes emitidos por los órganos consultados.

Al primero de los informes emitidos desde la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en referencia a este complejo artículo, se han sumado las recomendaciones y dictámenes de hasta un total de diez órganos consultivos en materia de contratación de toda España, aportando cada uno de ellos sus pequeñas notas diferenciales, pero lejos de aportar luz a las lagunas generadas por el precepto, el cumulo de interpretaciones contrapuestas ha supuesto una mayor confusión, lo que sumado al carácter no vinculante de las mismas y al silencio del legislador al respecto, sitúa a los órganos de contratación, a los gestores y al resto de partes implicadas, en una posición de

⁵⁶⁷ Disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales ha modificado este aspecto de la anterior regulación suponiendo su eliminación.

grave incertidumbre jurídica, debiendo ser por tanto, los órganos de contratación quienes de manera autónoma deberán adoptar sus propias posturas en la interpretación y aplicación de los límites establecidos para el contrato menor. Y así, durante los años transcurridos desde la publicación de la Ley 9/2018, uno de los preceptos más analizados ha sido el que históricamente menos interés había suscitado y, aunque la falta de una aclaración sucinta en una regulación demasiado abstracta afea lo positivo de los cambios introducidos, es necesario hacer mención a que el objetivo del cambio consiste en limitar el uso abusivo de este tipo de contratos, ya sea obligando a darle publicidad, con la necesidad de programar las contrataciones y con la puesta en marcha de dos nuevos procedimientos de contratación a caballo entre el contrato menor y el procedimiento abierto.

En este sentido, en contraposición al aumento de burocracia y la disminución de sencillez en el procedimiento, la pretensión del legislador es lograr una mayor transparencia en las actuaciones contractuales favoreciendo el acceso a nuevos empresarios, sin perjuicio de las reivindicaciones de parte de quienes se sienten perjudicados por los cambios, especialmente ante las administraciones que adoptan posturas más restrictivas en su interpretación del precepto.

Por todo ello, sin duda, los cambios introducidos en esta ley en su versión inicial, produjeron un gran malestar en muchos de los órganos de contratación y de los operadores económicos que acostumbraban a aplicar este medio para las contrataciones habituales; y no cabe duda que, su puesta en marcha supuso una adaptación compleja para todos los afectados especialmente por las lagunas del precepto y la inseguridad jurídica que las mismas provocaban; tal y como se desprende de la numerosa relación de consultas a las Juntas consultivas de contratación del país al respecto⁵⁶⁸; y ello a pesar de la existencia de cierta uniformidad en las interpretaciones emitidas —como no podía ser de otra manera—, y que en todas ellas prima la búsqueda de una *interpretación integradora de la normativa*, como señala la Junta Consultiva de Contratación de Galicia; lo cierto es que también existen notables diferencias en cuestiones básicas, y así lo hemos señalado en el desarrollo de su análisis. La ausencia de aclaración por parte del legislador a esta cuestión sumamente controvertida, así como la falta de homogeneidad entre las interpretaciones

⁵⁶⁸ Y que hemos analizado de forma detallada en el Anexo I de este estudio.

de las Juntas Consultivas, provocó una exorbitante inseguridad jurídica en todos los implicados en la relación contractual. Sin embargo y, a pesar de que estas interpretaciones carecen de potestad para vincular a los órganos de contratación en sus actuaciones, son instrumentos legítimos con los que cuentan los gestores de la contratación pública para resolver las lagunas surgidas de la ley; la pluralidad de interpretaciones, la falta de uniformidad entre ellas y la ausencia de pronunciamiento por parte del legislador provocó una mayor confusión, dejando nuevamente en una situación de incertidumbre a los operadores y gestores de la contratación, a la hora de aplicar el precepto.

La primera pretensión manifiesta de llevar a cabo una modificación del precepto se materializó en el texto del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019⁵⁶⁹, aunque finalmente fue truncado debido a los avatares políticos acaecidos en el país.

Ante el ingente aluvión de críticas, finalmente, en febrero de 2019 -menos de un año después de la entrada en vigor de la norma- se dicta una Resolución por parte de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación⁵⁷⁰ -y una posterior nota aclaratoria en la que se da valor de legalidad a la licitación de los contratos menores⁵⁷¹- y que, en sus propias palabras, viene a *“fijar unos criterios que den certidumbre a las actuaciones de los órganos de contratación”*.

⁵⁶⁹ BOCG de 16 de enero de 2019. 121/000038 Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019.

⁵⁷⁰ Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se regula la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la ley 9/2017, de 8 de noviembre.

⁵⁷¹ La Nota aclaratoria sobre la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y supervisión y de la Contratación relativa a la de los contratos menores, señala que la exigencia establecida en la Instrucción de la OIRESCON hace referencia a la solicitud de tres ofertas indicadas en la misma con el objeto de salvaguardar la libre competencia, como principio básico de la contratación pública; ahora bien, finaliza matizando que, *“en todo caso, la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida con la publicidad de la licitación, si así lo decide el Órgano de Contratación, pues, en tales supuestos, ya quedaría garantizada la competencia”*. Reconocimiento absolutamente novedoso puesto que, hasta la fecha, no se había dado validez formal a la licitación de los contratos menores que eran considerados como adjudicaciones directas con independencia de su sometimiento o no a libre competencia por los órganos de contratación.

Dichas aclaraciones hacen hincapié en aspectos como el concepto de unidad funcional para aclarar cuándo ha de entenderse la existencia o no de fraccionamiento del objeto del contrato; la limitación de la aplicación temporal que no quedaba concretada en el texto normativo, entendiendo que la restricción contenida en el precepto se ha de entender referida al ejercicio presupuestario; y a otros aspectos como la publicidad trimestral de los contratos menores por parte de los órganos contratantes y al concepto de órgano de contratación entendiendo por tal, a *“aquellos órganos que ejercen las facultades del órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o por desconcentración”*. Pero sin duda, de todas ellas, la que mayor polémica ha generado es la que viene a imponer la obligación de solicitar, al menos, tres presupuestos que habrán de figurar en el expediente del contrato menor, para poder llevar a cabo la adjudicación.

Esta obligación -más o menos acertada en cuanto a su finalidad, es decir, la lucha contra la corrupción y el fraude- produjo nuevamente una situación de confusión en el sector que dio lugar irremediablemente, a nuevos pronunciamientos al respecto. En este sentido, desde la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de la Generalidad Valenciana, se emitió el Informe 2/2019, de 13 de junio en el que defiende la falta de competencias de la OIRESCON para establecer con carácter general tal obligación en tanto que, *“entendemos que es una cuestión cuya regulación corresponde: o bien a un desarrollo mediante modificación de la LCSP con carácter general para todo el Sector Público o bien mediante desarrollo por ley de los aspectos que no constituyen legislación básica del contrato menor y que pueden ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, si se quiere aplicar con carácter general a la Administración de la Generalitat y su sector Público instrumental, o bien mediante normas internas de los órganos de contratación en cada Entidad o poder adjudicador”*.

Sin embargo, no fue la imposición de solicitar tres presupuestos para toda contratación directa la que mayor polémica generó entre los órganos de contratación sino el alcance de la Instrucción, puesto que la propia naturaleza de este órgano no le permite obligar de manera taxativa a todas las administraciones públicas; así, tal y como señala la Dirección General de Patrimonio de Andalucía en su consulta a la Asesoría Jurídica de la Consejería

de Hacienda, Industria y Energía⁵⁷² “pretender extender el ámbito subjetivo más allá de la Administración General del Estado, a todas las administraciones autonómicas y locales es un notable exceso, pues implicaría que instrucciones dictadas por un órgano no superior jerárquico, de otra Administración, adscrito a un Ministerio, y cuyos miembros son designados discrecionalmente, impongan la forma de actuar de otras Administraciones Públicas”.

Al respecto, existen otros pronunciamientos en idéntico sentido como la Circular 1/2019, de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización de Aragón, el Informe 63/2019, emitido por la Dirección de los servicios jurídicos de la Junta de Castilla y León, la Recomendación 1/2019, de 4 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias o el Informe de 26 de marzo de 2019, del Ayuntamiento de Pulianas, en Granada, e incluso el propio Tribunal Constitucional⁵⁷³; todos ellos comparten el mismo parecer en cuanto al alcance de las obligaciones de la Instrucción de la OIRESCON, así como la limitación de las potestades de ésta para obligar a dichos órganos a tales exigencias.

3.5.3.5. Propuestas y modificaciones del precepto

Sin embargo, por si toda esta confusión no fuera suficiente, el pasado 5 de febrero de 2020, se publicó una nueva redacción del artículo 118 LCSP⁵⁷⁴, incorporada mediante

⁵⁷² Informe 19/2019, de 30 de mayo, sobre el alcance respecto al ámbito subjetivo de la aplicación de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) con relación a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁵⁷³ Cuando señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo de 2021: publicada en el BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021, en su apartado 8. Impugnación de preceptos relativos a la organización administrativa para la gestión de la contratación, apartado A) b), que “La Oficina ejerce un amplio abanico de funciones de coordinación y supervisión del conjunto del sector público de contratación (apartado 6). En el ejercicio de algunas de ellas, como ocurre con el diseño y ejecución de la estrategia nacional de contratación pública, se invoca expresamente la coordinación con las comunidades autónomas y entidades locales [apartado 7 a)]; y, en otras, se limitan sus efectos de forma exclusiva al sector público estatal, como sucede con el carácter obligatorio de las instrucciones de la oficina [apartado 7 d)]”.

⁵⁷⁴ Sin perjuicio de las limitaciones que el propio Tribunal Constitucional ha reiterado en su doctrina que afectan a las posibles regulaciones de leyes ordinarias a través de las leyes presupuestarias. (Vid. nota 434, Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo).

Real Decreto-ley 3/2020⁵⁷⁵ y que elimina de raíz cualquier tipo de controversia suscitada a lo largo de estos casi dos años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público; con respecto a aquellas nuevas exigencias en el expediente de contratación cuya finalidad era terminar con el oscurantismo y las prácticas fraudulentas que desde su origen han acompañado a este precepto, así como abrir las puertas de la contratación pública a otros agentes empresariales PYMEs y micro PYMEs, cuyo acceso, se pretendía facilitar con aquella inicial redacción del artículo 118 LCSP.

Ante tales incertidumbres y vaivenes legislativos, la cuestión que se pone de relieve es si no hubiera resultado preferible aclarar las lagunas del precepto, matizando cual era la correcta interpretación conforme a la voluntad del legislador para lograr así una aplicación fiel y estricta del texto legal, que aportara mayor seguridad jurídica tanto para los operadores económicos como para los órganos de contratación, sin la necesidad de

⁵⁷⁵ Disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que queda redactado como sigue:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

3. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

5. Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.»

eliminar los esfuerzos y avances llevados a cabo desde el año 2018, lo que no ha hecho otra cosa sino, desprestigiar nuevamente a la figura y por ende, a todos aquellos que han propugnado una modificación de la misma la cual, a pesar de su regulación imprecisa, ha supuesto sin duda, un aumento de la fiabilidad en el uso de los contratos menores.

Y, aunque la nueva redacción conserva aspectos positivos de la redacción anterior, como la exigencia de dar publicidad trimestralmente a los contratos menores, o la necesaria emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales económicos establecidos para este tipo de procedimientos; sin duda la eliminación del elemento sustancial de la norma, para poner freno a la corruptela en el uso de esta figura, supone un retroceso en la búsqueda de una mayor transparencia de las adjudicaciones directas y en el control de posibles actuaciones abusivas en su aplicación, sin perjuicio de la inseguridad jurídica que estos vaivenes legislativos provocan en el sector empresarial y en la imagen que se proyecta ante la opinión internacional. Así, en lugar de realizar las necesarias aclaraciones -vista la innegable falta de concreción del precepto- y, dar cierto margen de tiempo para comprobar los resultados positivos que de la misma ya se estaban obteniendo; con esta vuelta a la regulación anterior, el legislador ha elegido denostar todos los esfuerzos realizados por parte de muchos órganos de contratación para hacer frente a las modificaciones impuestas originariamente por la LCSP, al mismo tiempo que abre la puerta de nuevo a las innumerables dudas sobre el uso inadecuado de este procedimiento. Puesto que, flexibilizar los requisitos de la contratación establecidos legalmente, supone un paso atrás en la aplicación de esta forma de contratación de los principios generales de la misma (publicidad, competencia, igualdad...); y que son básicos para eliminar cualquier atisbo de corrupción en aquella⁵⁷⁶.

En definitiva, el legislador erróneamente -en opinión de quien suscribe- ha elegido la solución más fácil, que no la menos gravosa para la seguridad jurídica y la transparencia de la contratación pública; optando por eliminar de manera radical los avances realizados con la aprobación de la norma el año 2017 al introducir en la regulación del procedimiento unas modificaciones imprescindibles para dotar de mayor seguridad a este tipo de

⁵⁷⁶ Villanueva Cuevas, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público?”, *Revista Gabillex*, núm. extraordinario, marzo 2019: “Un año de compra pública con la LCSP 2017”, pp. 359- 379, en concreto p. 377.

procedimiento y, aunque en opinión de todos aquellos que de una manera u otra nos ocupamos de la contratación pública, dichas modificaciones necesitaban ser aclaradas de manera concisa, su eliminación solo puede dar lugar al detrimento de la imagen de un procedimiento que sistemáticamente se encuentra bajo la sombra de la duda y más aún después de este breve intento de control, que sin duda ha fracasado.

Está claro que, todos aquellos que participan de alguna manera en la adjudicación de un contrato menor, serían ciertamente más partidarios de una regulación que, aunque fuera más exigente, resultara más concreta y precisa, en lugar de regresar a la laxitud anterior, y ello porque un procedimiento exento de obligaciones también trae consigo, como ha quedado reflejado en la jurisprudencia, numerosos riesgos e inconvenientes.

Sin embargo, parece que las paulatinas modificaciones llevadas a cabo en el precepto no han resultado globalmente satisfactorias y la percepción sobre la falta de claridad en la redacción del artículo y la disminución de las exigencias introducidas desde la inicial redacción de la Ley, han provocado que, con ocasión de la aprobación del Proyecto de Ley de medidas urgentes por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales⁵⁷⁷, se hayan presentado varias enmiendas de modificación a la LCSP 17, afectando entre ellas, a la actual redacción del artículo 118 LCSP⁵⁷⁸.

Tres han sido las propuestas presentadas contra la Disposición final primera del Proyecto de Ley de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública

⁵⁷⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A de 22 de mayo de 2020, Núm. 5-2, (121/000005).

⁵⁷⁸ Disposición final primera. Modificación 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.

— Enmienda núm. 21, del G.P. Popular en el Congreso, apartado Uno (art. 118).

— Enmienda núm. 133, del G.P. Ciudadanos, apartado Uno (art. 118).

— Enmienda núm. 248, del G.P. VOX, apartado Uno (art. 118).

en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (procedente del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero) que pasamos a analizar someramente, a la espera de su definitiva incorporación al ordenamiento y que viene a modificar el artículo 118 LCSP en los siguientes términos:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

3. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

5. Lo dispuesto en el apartado 2.o de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.»

***Enmienda núm. 21, del G.P. Popular en el Congreso, apartado Uno (art. 118)⁵⁷⁹**

⁵⁷⁹ Se propone la modificación del apartado Uno de la «Disposición final primera. Modificación 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 2014/124/UE, de 26 de febrero de 2014», que tendrá la siguiente redacción:

«Uno. Se da una nueva redacción al artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que queda redactado como sigue:

“Artículo 118. Expediente contratos menores.

1. Se considera contrato menor el procedimiento aplicable a los contratos de valor estimado superior a 3.000 euros e inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro, de servicios, o privados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal, en los que el procedimiento de selección no exige publicidad en la Plataforma de Contratos del sector Público y se puede solicitar oferta a una única empresa.

2. Todas las prestaciones de importe inferior a los 3.000 euros tendrán la consideración de gasto menor y bastará para su pago con la presentación de la factura. A estas prestaciones no les son de aplicación las previsiones de contratación pública establecidas en esta Ley salvo la relativa al informe del órgano de contratación que justifique que no se está fraccionando ilegalmente el contrato en el sentido expresado en el artículo 99.2.

3. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación o de la unidad promotora motivando la necesidad y conveniencia del contrato y la no existencia de fragmentación ni de favoritismo en la selección de la empresa a la que se solicita la prestación. Asimismo, se requerirá la previa aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente como justificación del cumplimiento de la prestación, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. En el expediente se justificará que el contratista no ha suscrito más contratos menores con un mismo código CPV que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. Quedan excluidos de esta limitación los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.o de esta Ley, referidos a derechos exclusivos o motivos técnicos o económicos debidamente razonados.

El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de las reglas expuestas atendiendo a la anualidad presupuestaria.

5. Al igual que sucede con el procedimiento del artículo 159.6 de esta Ley, se exime de la necesidad de acreditación de la solvencia y de la aportación del certificado de inscripción en el ROLECS.

6. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

7. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.”»

La justificación de la presente enmienda, tal y como se indica en la misma- incorpora el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (informes números 41, 42/2017 y 5/2018) sobre los límites del contrato menor. Además, pretende clarificar el periodo de tiempo de referencia (Informe JCCA Aragón 3/2018, de 13 de febrero), la posibilidad de que el preceptivo informe de justificación de la necesidad y de que no se está realizando un fraccionamiento del objeto del contrato con dicha contratación, pueda ser realizado por la unidad promotora, y cuál debe ser el régimen jurídico de lo que son gastos menores (sobre el precedente de la Ley General Presupuestaria de 1965), con el objetivo de no burocratizar de forma indebida e ineficiente pequeñas prestaciones.

La primera y una de las principales modificaciones propuestas en esta Enmienda consiste en considerar como contrato menor el procedimiento aplicable a los contratos de valor estimado por encima de 3.000 euros; estableciendo así un límite económico mínimo a partir del cual, se llevaría a cabo la tramitación del expediente y permitiendo que todos aquellos contratos de valor inferior al límite de 3.000 € sean considerados como gasto menor y, por tanto, no deban someterse a dicha tramitación.

Incluye explícitamente la solicitud de una única oferta para la contratación, rompiendo así con la propuesta planteada desde la OIRESCON, en la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la exigencia de solicitar al menos, tres presupuestos.

Incorpora nuevamente, la necesidad de justificar que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo y añade que han de ser contratos con el mismo código CPV, lo que clarifica en este punto la tan criticada redacción inicial del precepto; y exime la acreditación de solvencia o inscripción en el ROLECE para la celebración de este tipo de contratos.

Finalmente, y de manera sensata visto el primer párrafo de la nueva redacción propuesta, elimina el apartado quinto del actual precepto, esto es, el eximente sobre el sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

Enmienda núm. 133, del G.P. Ciudadanos, apartado Uno (art. 118)⁵⁸⁰

Destaca en primer lugar de esta enmienda, la inclusión en el precepto del reconocimiento del procedimiento del contrato menor, como una adjudicación excepcional, traído dicho contenido desde la propia exposición de motivos de la ley,

⁵⁸⁰ Texto que se propone:

“Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

Uno. Se da nueva redacción al artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que queda redactado como sigue:

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministros o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. El contrato menor se trata de un procedimiento de adjudicación excepcional, que solo puede ser utilizado para atender necesidades puntuales y esporádicas no recurrentes, cuya satisfacción no pueda alcanzarse por un procedimiento ordinario, con la adecuada planificación anual. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

*3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a). 2.o. **De esta manera, solo podrán celebrarse varios contratos menores con el mismo contratista, si las prestaciones de los contratos son totalmente diferentes, aunque sean del mismo tipo con la limitación temporal referida al ejercicio presupuestario al que se refiere el artículo 28 de esta Ley.***

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

5. Lo dispuesto en el apartado 2.2 de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.”»

exigiendo así que su utilización debe limitarse a aquellos supuestos en los que la adecuada planificación anual no hubieran permitido contemplarlo.

Incorpora, además, la prohibición de celebrar varios contratos menores con el mismo contratista, si las prestaciones de los contratos son totalmente diferentes, aunque sean del mismo tipo -cuestión esta que vuelve a dejar a la interpretación qué se consideran contratos del mismo tipo, y que en la propuesta anterior quedaba solventado al referirse al mismo CPV- con la limitación temporal referida al ejercicio presupuestario al que se refiere el artículo 28 de esta Ley, esto es un año.

La justificación de esta enmienda se sustenta en la necesidad de resolver las dudas que la anterior regulación de los contratos menores suscitaba, pero sin necesidad de eliminar las restricciones, tal y como hizo el Real Decreto-ley 3/2020; y en la necesidad de ajustar la nueva redacción a las sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007 (c-220/06,59 la Comisión contra España) en la que destacó que los contrato públicos de escaso valor, deben respetar las normas fundamentales del Tratado y rechazó los contratos sin licitación.

Enmienda núm. 248, del G.P. VOX, apartado Uno (art. 118)⁵⁸¹

Finalmente, la última de las modificaciones propuestas del artículo 118 LCSP, consiste en la supresión de la disposición final primera del Proyecto de Ley de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; sobre la base de que esta nueva redacción del precepto, suprime uno de los más importantes requisitos para evitar que los órganos de contratación puedan adjudicar con

⁵⁸¹ A la disposición final primera. Modificación 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.

De supresión:

Se propone la supresión del número «Uno» en la disposición final primera.

el mismo adjudicatario y en el plazo de un año contratos menores que, individual o conjuntamente, supera en la cifra que, para cada tipo de contrato menor se señala en el apartado primero del mismo artículo, conservando así una medida de lucha contra la corrupción en la contratación pública e impidiendo el uso abusivo y fraudulento de los contratos menores; al entender que se trata de una exigencia introducida en nuestro ordenamiento, como consecuencia de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que, entre otras cosas, exigían a los Estados miembros -y, en particular, aunque sin mencionarlo expresamente, a España- un mayor control en la adjudicación de los contratos de importes más bajos.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, como hemos podido observar a lo largo de este extenso capítulo sobre todas y cada una de las peculiaridades propias del expediente del contrato menor; este procedimiento, sin duda conlleva una complejidad mucho mayor de la que a simple vista podría presuponerse, tras una mera lectura de las exigencias que la LCSP recoge de forma expresa.

Ahora bien, aunque es cierto que las posibilidades de una mayor o menor dificultad en su tramitación se reducen cuanto menor sea la complejidad de las exigencias del contrato de que se trate, así como de su duración; nada impide que alguno de ellos supuestos anteriormente analizados, puedan llegar a producirse en una contratación directa y, por tanto, resulta imprescindible ser conocedores del alcance de todos y cada uno de ellos, al objeto de poder dar la oportuna respuesta de los mismos desde los diferentes órganos de contratación.

CAPITULO IV

UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

No querríamos finalizar este estudio sin adentrarnos aunque sea de una manera somera, en los procedimientos de adjudicación directa que existen en las regulaciones de otros países de nuestro entorno, y que puedan resultar en cierta medida, equiparables a la figura del contrato menor recogido en la norma española; y ello, con la finalidad de realizar una comparativa entre nuestro procedimiento y los adoptados por otros sistemas jurídicos para dar respuesta así a los numerosos interrogantes sobre cuál es el método elegido en otros ordenamientos para afrontar las compras de menor cuantía, dada la problemática existente en España al respecto.

4.1. PORTUGAL

La regulación en materia contractual del país vecino se encuentra en el *Código dos Contratos Públicos de Portugal*⁵⁸² (CCP) que fue aprobado en el año 2008. Se trata de un extenso cuerpo normativo formado por cerca de 500 artículos y catorce anexos.

En el año 2017 se llevó a cabo en Portugal la transposición de las Directivas europeas de cuarta generación que implicó una modificación de dicho cuerpo normativo y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2018.

Existen en la legislación portuguesa dos procedimientos cuya finalidad es la de reducir significativamente la burocracia exigida en otros procedimientos contractuales, permitiendo así, llevar a cabo una adjudicación más ágil en aquellos supuestos contemplados en la norma; son los denominados *Procedimientos de Adjudicación Directa* y de *Adjudicación directa simplificada*.

⁵⁸² *Código dos Contratos Públicos Português*, aprobado por Decreto-Ley nº 18/2008, de 29 de enero de 2008.

Los *Procedimientos de Adjudicación Directa*, que se definen como aquellos “*procedimientos en los que el poder adjudicador invita directamente a una o varias entidades de su elección a presentar una oferta, y puede negociar con ellas aspectos de la ejecución del contrato que ha de celebrarse*⁵⁸³”; se identifican claramente con el procedimiento negociado de la norma española. Así, al igual que en España y, en otros países que examinaremos en esta breve comparativa internacional, como el caso de Chile; Portugal recoge taxativamente los supuestos en los que cabe la adjudicación directa simplificada. Se trata de supuestos que están sustentados en razones de exclusividad, propiedad intelectual, licitaciones previas desiertas, o razones de urgencia como norma general⁵⁸⁴, y que se vienen a completar con la regulación de otros supuestos específicos

⁵⁸³ Artículo 112 CCP.

⁵⁸⁴ Artículo 24 CCP.

1 - Cualquiera que sea el objeto del contrato a celebrar, se podrá adoptar acuerdo directo cuando:

a) En concurso público anterior o concurso limitado por calificación previa, ningún candidato haya presentado o ningún competidor haya presentado propuesta, y siempre que las especificaciones y, en su caso, los requisitos mínimos de capacidad técnica y financiera no se modifiquen sustancialmente en relación con los de esa licitación;

b) En un concurso público anterior, restringido por calificación previa o diálogo competitivo, todas las propuestas presentadas han sido excluidas, y siempre que no se alteren sustancialmente los pliegos de condiciones en relación con dicho procedimiento;

c) En la medida estrictamente necesaria y por razones de imperiosa urgencia derivadas de hechos imprevisibles por parte del órgano de contratación, no podrán cumplirse los plazos inherentes a otros procedimientos y siempre que las circunstancias invocadas no sean en ningún caso imputables al órgano de contratación;

d) Los servicios que constituyen su objeto tienen como objetivo primordial que el poder adjudicador preste uno o más servicios de telecomunicaciones al público;

e) Los servicios que constituyen el objeto del contrato sólo pueden ser encomendados a una entidad específica por alguna de las siguientes causas:

i) El objeto del trámite es la creación o adquisición de una obra de arte o una muestra artística;

ii) No hay competencia por razones técnicas;

iii) Es necesario proteger los derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual.

Destaca la obligación de realizar esta adjudicación directa en el plazo máximo de 6 meses, en los casos en los que una licitación haya quedado desierta bien por falta de participantes, bien por la exclusión de aquellos por parte del órgano de contratación; siempre que se respeten las exigencias iniciales fijadas.

según el tipo de contrato de que se trate, esto es, contratos de obras públicas, de arrendamiento o adquisición de bienes muebles, o de servicios⁵⁸⁵; y cuya tramitación trae consigo la invitación a empresas elegidas por el mismo órgano de contratación que efectuará la selección final a presentar propuesta cuyos requisitos vienen regulados en el artículo 115 CCP⁵⁸⁶.

Ahora bien, tal y como indicábamos, el *Código dos Contratos Públicos de Portugal* también contempla un régimen simplificado para las adjudicaciones directas que podemos equiparar claramente, con el contrato menor español.

Se trata de la denominada *Adjudicación directa simplificada*⁵⁸⁷, una figura súper reducida que podrá emplearse en contratos de bienes muebles y de servicios, siempre que

⁵⁸⁵ Artículos 25 a 27 CCP.

⁵⁸⁶ Este procedimiento de selección -cuyo plazo de presentación será de nueve días con carácter general- se limita a que la empresa o empresas invitadas no podrán haber resultado adjudicatarias previamente en un contrato celebrado a través de acuerdo directo, por el mismo órgano contratante -entendiendo como tal, al órgano de contratación del gobierno, servicio central o periférico de cada Ministerio o secretaría general, cuando en órgano contratante sea el Estado o una Comunidad Autónoma y, a cada servicio municipal, cuando la entidad contratante sea un municipio-, en el ejercicio económico en curso y en los dos ejercicios económicos anteriores; a través de acuerdo directo en contratos por valor igual o superior a 30.000 € para el caso de contratos de obras, o por valor igual o superior a 20.000 € en contratos de arrendamiento o compra de bienes muebles y de servicios; cuantías que han sufrido una sustancial rebaja con respecto a la regulación anterior en la que se establecían unos límites significativamente superiores al fijar la posibilidad de realizar acuerdos directos cuando el valor de un contrato de obras fuera inferior a 150.000 € y, en el caso de los contratos de adquisición de bienes y servicios su valor fuera inferior a 75.000 €.

Al respecto, cabe señalar que, a pesar de esta disminución de las cuantías de adjudicación a través de la Adjudicación directa, este procedimiento sigue causando una importante polémica en cuanto a su aplicación fraudulenta, por lo que cabría preguntarse si el problema está realmente en lo elevado o no de las cuantías máximas permitidas en la adjudicación directa o si la cuestión se debe a otras cuestiones ajenas a los límites económicos.

Así mismo, en aquellos casos en que existan empresas que hayan ejecutado obras, proporcionado bienes muebles o prestados servicios a la entidad contratante de forma gratuita, en el ejercicio económico en curso o en los dos ejercicios económicos anteriores, no podrán ser invitadas a presentar oferta, salvo que lo hayan hecho conforme a Estatuto de mecenazgo.

⁵⁸⁷ Artículo 128 CCP:

1 - En el caso de un acuerdo directo para la formación de un contrato de adquisición o arrendamiento de bienes muebles y la adquisición de servicios cuyo precio contractual no exceda de (euros) 5.000, o en el caso de contratos públicos de obra, en (euros) 10 000, la adjudicación podrá ser realizada por el organismo competente para la decisión de contratar, directamente, sobre factura o documento equivalente presentado por la entidad invitada, sin necesidad de tratamiento electrónico.

su precio no supere los 5.000 € o, en el caso de contratos públicos de obra, siempre que estos no superen los 10.000 €. Bajo el paraguas de esta figura, la adjudicación puede ser llevada a cabo por el organismo competente para adoptar la decisión de contratar directamente mediante la simple presentación de una factura o un documento equivalente presentado por la entidad invitada; si bien, contempla una limitación referida al adjudicatario, esta es que, “*aquellas entidades a las que el poder adjudicador ya haya adjudicado contratos en el ejercicio económico en curso y en los dos ejercicios económicos anteriores, no podrán ser invitadas a presentar propuestas*⁵⁸⁸”; lo que sin duda, nos recuerda la redacción inicial del artículo 118.3 de nuestra LCSP nacional, posteriormente modificada, según la cual, se debía justificar en el expediente de contratación menor que “*el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*”.

Por otra parte, debemos hacer mención de la obligación establecida en la redacción inicial del artículo 27-A CCP referida a la necesidad de realizar una consulta previa a más

2 - La decisión de contratar y la decisión de optar por la adjudicación directa en los términos de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 19 y el apartado d) del apartado 1 del artículo 20 son la base de la decisión de adjudicación prevista en el apartado anterior.

3-El procedimiento de adjudicación directa regulado en este apartado queda exento de las demás formalidades previstas en este Código, incluidas las relativas a la celebración del contrato, la publicidad prevista en el artículo 465 y el nombramiento del responsable del contrato previsto en el artículo. 290-A, así como el régimen de facturación electrónica.

4-El régimen previsto en este artículo es de aplicación, dentro de los límites previstos en el apartado 1, a las compras de bienes y servicios que se realicen a través de plataformas de intermediación online.

⁵⁸⁸ Tal y como recoge el artículo 113.2 CCP; y, excluyendo así mismo, en el apartado 5 de este precepto, a las entidades que hayan llevado a cabo alguna prestación a la entidad contratante de forma gratuita, de la posibilidad de ser invitadas a presentar propuesta. Ahora bien, este límite se exceptúa en el apartado cuarto del mismo precepto, para aquellos procedimientos de adjudicación directa para la formación de contratos de arrendamiento o adquisición de bienes muebles y en los casos de prestación de servicio para uso corriente promovidos por las autoridades locales siempre que:

- a) La entidad invitada sea una persona natural o una micro, pequeña o mediana empresa, debidamente certificada en los términos de la ley, con sede y actividad efectiva en el territorio del municipio en la que se ubica la entidad contratante; y*
- b) La entidad contratante tenga evidencia sustentada de que, en este territorio, la entidad invitada es el único proveedor del tipo de bienes o servicios a ser arrendados o adquiridos.*

de una entidad, siempre que fuera posible, para este tipo de procedimientos⁵⁸⁹; si bien, esta obligación ha sido eliminada tras la derogación de dicho precepto por el artículo 26 de la Ley 30/2021⁵⁹⁰; y que de nuevo puede asemejarse a la obligación no escrita en nuestra norma, pero que sí ha sido adoptada de manera tácita en muchas administraciones e incluso, en algunos casos, como ya hemos hecho referencia a lo largo de este estudio, resultan de carácter obligatorio⁵⁹¹; o al caso de Chile que analizaremos en este mismo capítulo.

Este régimen simplificado, más allá de la existencia de unos límites económicos, nos recuerda también al contrato menor español, en tanto que tiene una limitación temporal de la duración de los contratos celebrados a través de esta figura; y, al igual que en el nuestra figura nacional, este límite temporal es de un año; así mismo, no se permite que se lleve a cabo una revisión sobre los precios establecidos en la contratación y, nuevamente, como en el caso español, se prohíbe la prórroga para los contratos celebrados a través de este procedimiento simplificado. Además, otro de los elementos comunes entre ambas figuras es que el procedimiento portugués, tampoco contempla la obligatoriedad de su formalización ni el resto de los requisitos propios de otros procedimientos, como la necesidad de dar publicidad a la contratación.

Como complemento a esta regulación, y de manera excepcional, como consecuencia de la situación de pandemia mundial provocada por la COVID-19, la legislación lusa se ha adaptado a las nuevas necesidades mediante la aprobación de un régimen excepcional del procedimiento de adjudicación directa simplificada, a través del Decreto-Ley nº 10-A/2020, de 13 de marzo⁵⁹², que establece medidas excepcionales y temporales -aunque sin concretar un periodo de duración determinado, dado el desconocimiento de la evolución de la enfermedad- relacionado con la situación epidemiológica del coronavirus;

⁵⁸⁹ Artículo 27-A CCP. Consulta previa: “*En las situaciones previstas en los artículos 24 a 27, deberá adoptarse el procedimiento de consulta previa siempre que sea posible el recurso a más de una entidad y sea compatible con las causales invocadas para la adopción de este procedimiento*”.

⁵⁹⁰ Publicación: Diário da República nº 99/2021, Serie I de 21 de mayo de 2021.

⁵⁹¹ Cabe recordar en este punto la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIRESCON, sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre establece la obligación referida a la petición de tres ofertas en los contratos menores.

⁵⁹² Publicación: Diário da República nº 52/2020, 1^{er} Suplemento, Serie I de 13 de marzo de 2020.

tal y como señala su artículo 1.2 al indicar que “*Las disposiciones de este decreto ley se aplican a la prevención, contención, mitigación y tratamiento de la infección epidemiológica por COVID-19, así como al restablecimiento de la normalidad posterior a la misma*”; y que contempla un régimen particular para la autorización de compras y gastos relacionados directamente con la pandemia, incorporando un artículo 2-A⁵⁹³, al

⁵⁹³ "Artículo 2-A. Esquema de adjudicación directa simplificado excepcional:

“1.- El régimen del procedimiento simplificado de adjudicación directa previsto en el artículo 128 podrá adoptarse, excepcionalmente, en la medida estrictamente necesaria y por razones de imperiosa urgencia, debidamente fundamentadas, con independencia del precio contractual y hasta el límite del presupuesto del Código de Contratos Públicos, aprobado por Decreto Ley No. 18/2008, de 29 de enero, en su redacción actual, para la ejecución de contratos cuyo objeto consista en la adquisición de equipos, bienes y servicios necesarios para la prevención, contención, mitigación y tratamiento de la infección por SARS-CoV-2 y la enfermedad COVID-19, o relacionada con ellas, a saber:

a) Equipo de protección personal;

b) Bienes necesarios para realizar pruebas a COVID-19;

c) Equipo y material para unidades de cuidados intensivos;

d) Medicamentos, incluidos los gases medicinales;

e) Otros dispositivos médicos;

f) Los servicios de logística y transporte, incluido el aéreo, relacionados con la adquisición, a título oneroso o gratuito, de los bienes a que se refieren los párrafos anteriores, así como su distribución a entidades bajo la supervisión del miembro del Gobierno responsable de el área de salud o las demás entidades públicas o de interés público a las que estén destinadas.

2 - Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso f) del párrafo anterior, el procedimiento previsto en el párrafo anterior solo podrá ser promovido por la Dirección General de Salud, por la Administración Central del Sistema de Salud, IP, por la Instituto de Salud Dr. Ricardo Jorge, IP, y por los Servicios Compartidos del Ministerio de Salud, EPE (SPMS, EPE), respecto de bienes destinados a entidades bajo la responsabilidad del miembro de Gobierno responsable del área de salud.

3-Las circunstancias invocadas para fundamentar la urgencia imperiosa, en los términos del apartado 1, no pueden, en ningún caso, ser imputables al poder adjudicador.

4 - Las disposiciones de los numerales 3 y 6 del artículo anterior son aplicables a las adquisiciones previstas en este artículo, pudiendo efectuarse pagos sobre pedidos en el mercado nacional o internacional, sin necesidad de trámites de importación.

5-Las adjudicaciones realizadas en el régimen simplificado previsto en este artículo son comunicadas por los poderes adjudicadores a los miembros del Gobierno responsables de las áreas de finanzas y salud y anunciadas en el portal de contratación pública, incluyendo los motivos de la adopción de este procedimiento.

mismo, para contratos cuyo objeto consista en la adquisición de equipos, bienes y servicios necesarios (no se contemplan las obras) para la prevención, contención, mitigación y tratamiento de la infección por SARS-CoV-2 y la enfermedad COVID-19, tales como la adquisición de equipos de protección personal, materiales para pruebas, medicamentos, dispositivos móviles, etc., entre los que se incluyen los servicios de logística y transporte para la adquisición y reparto de dichos bienes.

Este procedimiento excepcional, que solamente puede ser promovido por los organismos nacionales propios de la protección y defensa de la salud, indicados en el apartado segundo del artículo 2-A referido, consiste en la posibilidad de recurrir a un procedimiento de adjudicación directa, en contratos de hasta 20.000 €, por lo que se incrementa significativamente los 5.000 € que recoge el artículo 128 CCP para la contratación de bienes y servicios en la adjudicación directa simplificada.

Además de este incremento en el límite de adjudicación directa para los supuestos excepcionales contemplados en la norma, y que nacen como causa de la COVID-19, se exceptúa la aplicación de los límites referidos a la reiteración del adjudicatario contemplados en el artículo 113.2 CCP, es decir, ahora se abre la posibilidad de adjudicar directamente a un empresario a pesar de haber realizado contrataciones previas con dicho poder adjudicador, lo que sin duda, permite realizar contrataciones de una forma mucho más ágil; pero entendemos, que no solamente se ha preocupado el legislador de la agilidad procedimental en este caso, sino que ello también responde, a razones de necesidad en cuanto a las posibilidades de los proveedores, puesto que, dadas las cuestiones a las que alcanza esta adjudicación directa simplificada excepcional, es más que posible que las empresas capaces de dar respuesta a las exigencias concretas provocadas por la enfermedad sean también sean limitadas y por tanto, mantener tal requisito, es decir, el de limitar la adjudicación con proveedores previamente contratados,, podría suponer la imposibilidad de cubrir las necesidades en una situación excepcional como la referida.

6 - Hasta 60 días después del período de vigencia de este decreto-ley, las entidades previstas en el párrafo 2 elaboran un informe conjunto, que se publica en el sitio web de SPMS, EPE, sobre todos los laudos y los respectivos motivos y circunstancias, a saber, justificando la imposibilidad o inconveniente grave de recurrir a otro tipo de trámite.

7 - Lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ley nº 10-E / 2020, de 24 de marzo, se aplica a las compras realizadas en los términos de este artículo”.

4.2. ALEMANIA

La normativa alemana sobre contratación pública desconoce la figura del contrato administrativo propiamente dicho y se concentra únicamente en los öffentliche Aufträge⁵⁹⁴, que vienen a ser, la preparación y adjudicación de los contratos del sector público, entendiendo como tales las compras o los encargos públicos, descartando de dicha categoría los öffentlich-rechtliche Verträge, es decir los contratos o convenios de Derecho público (sobre potestades públicas). La regulación de los contratos del sector público, que es la que aquí interesa, se encuentra en la Ley de Defensa de la Competencia⁵⁹⁵ y está desarrollada en el Reglamento sobre la adjudicación de encargos públicos⁵⁹⁶ dejando al Verwaltungsprivatrecht o sea, al derecho privado aplicable a la Administración, los aspectos relacionados con su cumplimiento y ejecución.

Por influencia del Derecho de la Unión Europea, en el régimen alemán de la contratación pública se diferencian los contratos por encima de los umbrales económicos marcados por las Directivas, cuyo régimen es similar en cuanto a adjudicación y preparación al vigente en España, de aquellos que no alcanzan dicho umbral y que poseen su regulación específica -mucho más sencilla que la regulación española- y cuya codificación se ha reformado recientemente con la aprobación de nuevos reglamentos aprobados por la Federación, pero que regulan también las adjudicaciones de los Länder⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Huergo Lora, A.J., en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, coordinada por Sosa Wagner, F., Capítulo V: “Contratación Administrativa. La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho español”, pp. 1841-1878, en concreto, p.184 y ss.; recuerda que “*La Ley (alemana) no abarca todos los contratos de las Administraciones Públicas, sino sólo lo que podemos denominar «compras» o «encargos públicos»....De hecho, muchos de los öffentliche Aufträge alemanes son, en nuestro Derecho, contratos de Derecho público (contratos administrativos). En Derecho alemán, son contratos de Derecho público la mayoría de los contratos interadministrativos y, especialmente, los contratos concluidos con particulares para sustituir un acto administrativo o para determinar el contenido de un acto futuro, es decir, lo que entre nosotros se ha dado en llamar, a partir de la LAP, «terminación convencional del procedimiento» y he calificado en otro lugar como «contratos sobre actos y potestades administrativas»*”.

⁵⁹⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

⁵⁹⁶ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV)

⁵⁹⁷ Estados Federados.

El primero de dichos reglamentos es el Reglamento de procedimiento de adjudicación de contratos de suministro y servicios por debajo de los umbrales de la Unión Europea⁵⁹⁸ aprobado el 2 de febrero de 2017 y que entró en vigor para la Federación el 2 de septiembre de ese mismo año y para los Länder en diversas fechas entre octubre de 2017 y enero de 2020. En su párrafo §14 se recogen los denominados “encargos directos” (Direktauftrag) en los siguientes términos:

“Se pueden contratar servicios que tengan un valor estimado de hasta 1.000 EUR, excluidos los impuestos sobre las ventas, sin tener que realizar un procedimiento de adjudicación, (encargo directo) teniendo en cuenta los principios presupuestarios de economía y de austeridad. El ente contratante debe rotar entre las empresas contratadas”⁵⁹⁹.

Y, a pesar de que el umbral económico sea muy inferior a los límites recogidos en la norma española, la reforma ha sido criticada dado que el reglamento anterior sólo preveía este tipo de contratos hasta el límite de 500 euros y se entiende que, al doblar esa cantidad, se está ocultando un importante conjunto de contratos a la transparencia y a la competencia, perjudicando a las empresas de nueva creación que tratan de abrirse camino en el mercado de las compras públicas del país.

Sin embargo, Ley y Wankmüller⁶⁰⁰ entienden que esta crítica es exagerada dado lo limitado de las cuantías que se pueden adjudicar mediante encargo directo, y vista la exigencia de que se rote entre diferentes contratistas. En este sentido, estos autores entienden también, que la aplicación de los principios de economía y austeridad obligan a elegir en este tipo de contratos de escasa cuantía entre diferentes contratistas, contrastando distintas ofertas y como mínimo tres⁶⁰¹; y al igual que en nuestro sistema,

⁵⁹⁸ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte.

⁵⁹⁹ *“Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1 000 Euro ohne Umsatzsteuer können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beschafft werden (Direktauftrag). Der Auftraggeber soll zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln.”*

⁶⁰⁰ Vid., LEY, R y WANKMÜLLER, M., *Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO 2017)*, Rehm, Heidelberg, 2017, pág. 98.

⁶⁰¹ LEY, R y WANKMÜLLER, M., op. cit., pág. 99.

en el sistema alemán también se entiende que es una regla no escrita, pero exigida por los principios de concurrencia y transparencia, la prohibición del fraccionamiento de contratos con la intención de eludir los procedimientos más exigentes y adjudicarlos a través de esta contratación directa⁶⁰².

Ha de señalarse que los Länder pueden alterar los límites hasta los cuales llega el ámbito de la contratación menor⁶⁰³; así, por ejemplo, en el Länder Mecklenburg-Vorpommern el límite se fija en 5000 euros, pero a partir de 250 euros se tiene que hacer un sondeo del mercado buscando ofertas públicas (en catálogos, webs o mediante solicitudes informales de precios por mail o teléfono) del que se debe dejar constancia documental y elegir el contratista de conformidad con los principios de economía y austeridad⁶⁰⁴. Otros Länder permiten umbrales relativamente altos hasta de 15.000 euros para algunas entidades locales⁶⁰⁵.

En cuanto a los contratos de obras, la regulación paralela se encuentra en el Reglamento sobre la ordenación de los contratos y adjudicaciones de obras, parte A⁶⁰⁶, en su versión de 1 de enero de 2019, en su parágrafo §3a, apartado 4, en los siguientes términos:

“Las obras que tengan un valor estimado de hasta 3000 euros sin IVA se pueden contratar sin seguir un procedimiento de adjudicación (encargo directo) teniendo en

⁶⁰² También en este sentido, LEY, R y WANKMÜLLER, M., op. cit., pág. 99.

⁶⁰³ Un panorama general de las normas que establecen excepciones se puede consultar en: https://auftragsberatungsstellen.de/images/ABST/Uebersicht/Wertgrenzen_Bund_%20Bundeslaender_2021.pdf.

⁶⁰⁴ Vid., Erlass über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Anwendungsbereich des Vergabegesetzes Mecklenburg-Vorpommern: Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Gesundheit Vom 12. Dezember 2018, apartado I.2.

⁶⁰⁵ Al respecto el §5.2 de los Vergabegrundsätze für Gemeinden nach §26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen (Kommunale Vergabegrundsätze), aprobados por el Runderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung 304-48.07.01/01-169/18, con fecha de 28 de agosto de 2018.

⁶⁰⁶ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB).

cuenta los principios presupuestarios de economía y de austeridad. El ente contratante debe rotar entre las empresas contratadas”⁶⁰⁷.

Por lo tanto, como vemos, la redacción de ambos preceptos es idéntica salvo en lo que se refiere a las cuantías que, al igual que en España, varían según se trate de contratos de obras o contratos de servicios y de suministros; aunque sin duda, entre ambos sistemas existen unas diferencias significativas en las cuantías máximas de adjudicación.

⁶⁰⁷ *“Bauleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 3 000 Euro ohne Umsatzsteuer können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beschafft werden (Direktauftrag). Der Auftraggeber soll zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln.”*

Recoge además este precepto, dos excepciones de mayor envergadura para las obras de construcción con fines residenciales que se celebren antes del 31 de diciembre de 2021 que son las siguientes:

Por un lado, contempla la posibilidad de llevar a cabo una licitación restringida sin concurso para cada operación hasta un valor de pedido de 1.000.000 euros, IVA excluido *“Für Bauleistungen zu Wohnzwecken kann bis zum 31. Dezember 2021 eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb für jedes Gewerk bis zu einem Auftragswert von 1 000 000 Euro ohne Umsatzsteuer erfolgen”*; y por otra permite, realizar una adjudicación directa hasta un valor de contrato de 100.000 euros, IVA excluido: *“Für Bauleistungen zu Wohnzwecken kann bis zum 31. Dezember 2021 eine Freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert von 100 000 Euro ohne Umsatzsteuer erfolgen”*; sin necesidad de variar entre las empresas contratadas. También los Länder pueden alterar estos umbrales y, de hecho, lo hacen con cierta frecuencia, tal y como se puede apreciar en el listado referido en la nota 601.

4.3. ITALIA

El marco normativo italiano en materia de contratos públicos de obras, suministros y servicios se encuentra regulado en el Codice dei contratti pubblici por el que se procedió a la transposición de las Directivas de cuarta generación 23/2014/UE y 24/2014/UE, aprobado mediante el Decreto Legislativo n° 50, de 18 de abril de 2016⁶⁰⁸, y se complementa con su Reglamento de desarrollo⁶⁰⁹.

El instrumento que en el derecho italiano podríamos equiparar con la figura del contrato menor español, es el denominado *Affidamento diretto*, que viene regulado en el artículo 36.2 a) y b) del *Codice dei contratti pubblici (CCP)*.

En cuanto a los límites económicos aplicables, diferencia la norma entre dos supuestos; así, en primer lugar, la adjudicación directa alcanza a aquellos contratos cuya cuantía sea inferior a 40.000 €, excluyendo la necesidad de hacer consultas a dos o más operadores económicos; en este caso, no resulta obligatoria la publicidad de la adjudicación⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ El Codice dei contratti pubblici ha sufrido numerosas modificaciones desde su entrada en vigor, siendo de referencia la producida por el Decreto *Semplificazioni* de medidas urgentes para la simplificación y la innovación digital, de julio de 2020, y que fue convertido en la Legge 11 settembre 2020, n. 120; a la que más adelante en este mismo epígrafe, haremos referencia.

Otras modificaciones posteriores han sido el Decreto "Milleproroghe" de 21.12.2020 n. 183 (GURI 31.12.2020 n. 323) convertido con modificaciones en Ley 26.02.2021 n. 21 (GURI 01.03.2021, n. 51) el Decreto "Simplificaciones PNRR" de 31.05.2021 n. 77 (GURI 31.05.2021 n. 129) convertido con modificaciones en Ley 29.07.2021 n. 108 (GURI 07.30.2021 n. 181), el Decreto "Infraestructuras" 09.10.2021 n. 121 (GURI 09.10.2021 n. 217) convertido con modificaciones en Ley 09.11.2021 n. 156 (GURI 09.11.2021 n. 267) y, finalmente, el Decreto Ley 06.11.2021 n. 152 (GURI 06.11.2021 n. 265).

⁶⁰⁹ Actualmente, se están desarrollando los trabajos para la aprobación del reglamento a la ley, el Schema di Regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 Aprile 2016, n° 50, recante "Codice dei contratti pubblici".

⁶¹⁰ Artículo 36, *Codice dei contratti pubblici. Contratti sotto soglia* [Contratos por debajo del umbral comunitario]:

2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto ((anche senza previa consultazione di due o più operatori economici)) o per i lavori in amministrazione diretta ((La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non e' obbligatoria.))

En segundo lugar, contempla un arco mayor, al incluir las adjudicaciones de importe igual o superior a 40.000 € para suministros y servicios, previa evaluación, al menos, de cinco presupuestos de diferentes operadores económicos; e inferior a 150.000 € en contratos de obras para los que se hayan evaluado previamente, tres presupuestos. En este caso, sí resulta necesaria la publicación del resultado del procedimiento de adjudicación, así como la indicación de las personas invitadas⁶¹¹.

Esta figura de adjudicación directa en la contratación pública italiana es considerada como un instrumento basado en el principio de economía, cuya finalidad es lograr una mejor optimización de los recursos económicos⁶¹² -aspecto este que hemos defendido respecto al contrato menor español en este mismo trabajo⁶¹³- así mismo, destaca la importancia del principio de rotación entre las empresas adjudicatarias⁶¹⁴, de manera que

⁶¹¹ Artículo 36.2 b) *Codice dei contratti pubblici*:

Per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro ((e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori))e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati:

⁶¹² La Agencia Nacional Italiana Anticorrupción (ANAC) ha aprobado la Directiva nº 4/2016, de desarrollo del D. Lgs. 18 de abril de 2016, nº 50, (el citado Codice dei contratti pubblici) que regula los Procedimientos de adjudicación de contratos públicos por importes inferiores a los umbrales comunitarios, estudios de mercado y formación y gestión de listas de operadores económicos; regula en su apartado 3: L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture importo inferiore a 40.000,00 euro.

L'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza può essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

⁶¹³ Especialmente al referirnos a la naturaleza del mismo, al entender que el mantenimiento de esta figura en nuestro ordenamiento, a pesar de las numerosas voces que afirman la necesidad de su eliminación, responde en último caso, a razones de eficiencia en la gestión de los fondos públicos, que deriva como no puede ser de otra manera, en la reducción de costes, lo que se traduce en una correcta utilización de los fondos públicos.

⁶¹⁴ Y así queda recogido en el párrafo 1 del artículo 36 del código:

L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi ((di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonche' del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti)) e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

se asegure que las microempresas y PYMEs tienen realmente la posibilidad de participar en las compras públicas⁶¹⁵.

Por lo que se refiere al desarrollo de este procedimiento se exige la debida motivación de la necesidad pública a satisfacer, la existencia de crédito suficiente para proceder a la contratación, así como los criterios en la selección del contratista; para ello, el órgano de contratación puede adquirir información, datos y documentos destinados a identificar las soluciones disponibles en el mercado para satisfacer sus necesidades y la audiencia de potenciales contratistas.

Ahora bien, como consecuencia de la situación mundial de pandemia, en el mes de julio de 2020, se aprobó por el Parlamento Italiano -con 127 votos a favor en el Senado y 291 en la Cámara baja- el Decreto Semplificazioni⁶¹⁶ -que posteriormente fue convertido en Ley⁶¹⁷- y cuyo eje central es la suspensión del Código de los Contratos Públicos, hasta el 30 de junio de 2023⁶¹⁸, con la finalidad de reducir los trámites burocráticos y agilizar

⁶¹⁵ El mismo precepto, contempla una figura a caballo entre la adjudicación directa estricta y el procedimiento negociado en aquellos casos en que el importe de la adjudicación sea igual o superior a 40.000€ e inferior a 150.000€. Esta figura no estaría sometida a una verdadera licitación, pero exige la invitación de varios participantes tal y como refleja el apartado 2 b) del precepto:

Per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro ((e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori))e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati.

⁶¹⁶ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Decreto-Legge 16 luglio 2020, n.76.

⁶¹⁷ Legge 11 settembre 2020, n. 120. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (*Decreto Semplificazioni*). Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 228 de 14 settembre 2020.

⁶¹⁸ La fecha límite original del 31 de julio de 2021 fue postergada cinco meses más por el Senado, hasta fin de 2021; y, nuevamente, hasta el 30 de junio de 2023, con la aprobación del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, coordinato con la legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108, recante: «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.» que fue convertido en la Legge 29 luglio 2021, n. 108. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure; *Supplemento ordinario alla "Gazzetta Ufficiale", n. 181 del 30 luglio 2021 - Serie generale*. En concreto, por su artículo 51, párrafo 1, letra a), inc. al indicar que se sustituyen las palabras "31 de diciembre de 2021" por "30 de junio de 2023".

con carácter general, todos los procedimientos administrativos; incluyendo por tanto, a las contrataciones públicas.

El objetivo principal de esta suspensión de la norma contractual es el de impulsar la economía nacional generando así, una aceleración de las inversiones y las infraestructuras, mediante la simplificación de los procedimientos de contratación pública y de edificación para estimular la economía del país, tras las consecuencias provocadas por la emergencia epidemiológica de la COVID-19⁶¹⁹.

Entre otras cuestiones, y por lo que se refiere a la materia contractual, la norma italiana contempla la posibilidad de llevar a cabo licitaciones de forma acelerada, así, el párrafo 2 del art. 8 establece, en relación con los procedimientos de contratación en los que el plazo para la presentación de ofertas haya expirado el 22 de febrero de 2020, que los poderes adjudicadores adoptarán cualquier disposición de adjudicación antes del 31 diciembre de 2020. Y, en el supuesto de los acuerdos marco que entren en vigor en la fecha de entrada de la norma, las adjudicaciones se realizarán, a más tardar el 31 de diciembre de 2020⁶²⁰. Además, esta modificación a la normativa contractual, elimina ciertas cuestiones que pueden ralentizar o incluso limitar la participación en las licitaciones; así, entre otras, elimina la exigencia de garantías provisionales o modifica las causas de exclusión de las ofertas permitiendo al poder adjudicador, por ejemplo, excluir del procedimiento a un operador económico cuando tenga conocimiento y pueda demostrar adecuadamente que el operador no ha cumplido con las obligaciones relativas

⁶¹⁹ *“Ritenuta la straordinaria necessita' e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalita'; Ritenuta altresì la straordinaria necessita' e urgenza di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonche' interventi di semplificazione in materia di responsabilita' del personale delle amministrazioni, nonche' di adottare misure di semplificazione in materia di attivita' imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19”*. Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, *ad initium*.

⁶²⁰ Artículo 8, apartado 3. *“In relazione agli accordi quadro di cui all'articolo 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, efficaci alla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 2020 provvedono, entro la data del 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54”*.

al pago de impuestos, tasas o contribuciones especiales o pagos a la Seguridad Social siempre que dicho impago constituye infracción grave, etc.

Por lo que se refiere al Affidamento diretto, la norma, -tras una modificación en el Senado de los límites económicos de las adjudicaciones directas- ha reducido significativamente, los umbrales comunitarios permitiendo así, llevar a cabo adjudicaciones directas de *“obras por valor inferior a 150.000 euros y, de servicios y suministros, incluidos los servicios de ingeniería y arquitectura y actividades de diseño, por un importe igual o superior a 75.000 €⁶²¹”*.

Como podemos observar, al igual que han hecho Portugal o Francia, en Italia se han llevado a cabo actuaciones para impulsar la reducción de las exigencias de las contrataciones públicas directas durante la pandemia de la COVID-19 y más allá, hasta la recuperación de la actividad económica previa, permitiendo así acelerar las compras públicas; opción esta, que no ha sido promovida por parte del legislador español con la finalidad de favorecer la agilidad de las compras mediante la reducción de trámites en la figura del contrato menor, o mediante el incremento temporal y limitado de las cuantías máximas contempladas en nuestro artículo 118 LCSP; quizás sobre la base del convencimiento de que flexibilizar sus exigencias, podría invalidar los esfuerzos realizados para implementar mayores requisitos en este procedimiento en los últimos años; o bien, que ello podría dar lugar a un abuso de la misma y por tanto, favorecer la corrupción provocada por el uso inadecuado de esta figura.

⁶²¹ Artículo 1, apartado 2. *“Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:*

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro”.

4.4. FRANCIA

La transposición de las Directivas Europeas de cuarta generación en materia contractual al ordenamiento jurídico francés, ha propiciado la aprobación de *Le Code de la Commande Publique*⁶²² que ha supuesto la unificación y consolidación de las diferentes normas existentes sobre contratación pública en Francia⁶²³.

De especial relevancia para el objeto de nuestro estudio es el apartado 8 del artículo R 2122⁶²⁴ que recoge la posibilidad de realizar adjudicaciones directas y que *“se justifica por la necesidad de evitar forzar [a los compradores], para los contratos de una pequeña cantidad, a recurrir a procedimientos cuya aplicación no sería esencial para garantizar la eficacia de la contratación pública y el buen uso de los fondos públicos y que podría incluso, en determinados casos, disuadir a los operadores económicos de presentar su candidatura; y que la definición de un umbral relativo al valor estimado constituye un criterio objetivo que puede reforzar la seguridad jurídica del mercado para el comprador y el candidato*⁶²⁵”.

Este precepto recoge la posibilidad de que el comprador adjudique un contrato sin publicidad ni concurso previo, para atender una necesidad cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros sin IVA o para lotes cuyo importe sea inferior a 40.000 euros sin

⁶²² La disposición n° 2018-1074 de 26 de noviembre de 2018 incluyendo la parte legislativa del código de la compra pública, y el decreto n° 2018-1075 del 3 de diciembre de 2018 incluyendo la parte reglamentaria se publicaron en el Diario Oficial del 5 de diciembre de 2018, siendo efectiva su entrada en vigor el 1 de abril de 2019.

⁶²³ La normativa francesa precedente venía regulando en cuerpos normativos diferenciados, los *marchés publics* y los *contract administratifs de délégation des services publics*.

⁶²⁴ Article R2122-8: *“L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40.000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40.000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1”*.

⁶²⁵ CE, 17 mars 2017, *Ordre des avocats de Paris*, req. n°403768.

IVA⁶²⁶ siempre que cumpla con la condición prevista en el punto b) del apartado 2º del artículo R 2123-1, esto es, que la cantidad acumulada de los lotes no exceda el 20% del valor total estimado de todos los lotes⁶²⁷.

Sin embargo, este límite de 40.000 € se vio incrementado con la aprobación del Decreto nº 2020-893 de 22 de julio de 2020, que elevaba temporalmente el umbral de exención del procedimiento para los contratos públicos de obras y el suministro de productos alimenticios de manera temporal -al igual que han hecho otros países comunitarios, como ya hemos visto- debido a la situación de pandemia mundial provocada por la COVID-19. Así, este Decreto, modificaba a través de su artículo primero, el límite económico fijado para las contrataciones sin sometimiento a publicidad

⁶²⁶ Inicialmente, el límite económico de este precepto se encontraba en 25.000 € y, a pesar de otras solicitudes previas para una modificación al alza de dicha cuantía, como las planteadas en Le rapport de la mission commune d'information sur la commande publique en el año 2015, y en el anteproyecto de Loi engagement et proximité; no será hasta la modificación incorporada por el artículo 1 del Decreto nº 2019-259 de 29 de marzo de 2019, cuando el límite se incremente a la cifra actual de 40.000 €. Al respecto, la pregunta nº 12237 planteada en sede parlamentaria por el Sr. Jean-François Longeot (Doubs-UC) recibía por parte del Ministerio de Cohesión Territorial y Relaciones con las Autoridades locales la siguiente respuesta y por tanto, confirmación de cambios en la cuantía de adjudicación directa: *“Consciente de que estos trámites de contratación y desmaterialización podrían parecer desproporcionados en relación con este importe de compra de 25.000 euros, el Gobierno ha querido elevar los umbrales aplicables a los contratos públicos adjudicados sin previa publicidad o concurso, con el fin de reducir procedimientos de contratación, tanto para compradores como para operadores económicos, y para promover la adjudicación de contratos públicos a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), que no necesariamente cuentan con los recursos humanos y técnicos para comprometerse en competición. A partir del 1 de enero de 2020, el decreto número 2019-13 44 de 12 de diciembre de 2019 que modifica determinadas disposiciones del código de contratación pública relativas a umbrales y anticipos aumenta el umbral de exención de 25.000 € a 40.000 € sin IVA procedimiento previsto en el artículo R 2122-8 de la CCP, así como, en aras de la coherencia, los umbrales de desmaterialización del procedimiento de adjudicación y publicación de datos esenciales, previstos respectivamente en los artículos R 2132-2 y R 2196-1 de este mismo código. Esta medida facilitará el acceso de las pymes a los contratos públicos de las administraciones locales, ya que no tendrán la obligación de presentar una oferta desmaterializada por contratos cuyo importe esté por debajo de este nuevo umbral”*.

⁶²⁷ Puede resultar llamativa la parte final de este primer párrafo del artículo al referirse a la posibilidad de la división en lotes en este tipo de procedimientos puesto que, en la norma española no se contempla tal posibilidad de manera expresa en la regulación del artículo 118 LCSP, si bien tampoco existe una prohibición expresa a la división en lotes de un contrato menor; sin embargo, en el supuesto francés, el Tribunal Administrativo de Besançon, vino a validar el uso de “mini lotes” en las adjudicaciones directas en la Orden de 27 de julio de 2019, Sté No Logo Productions nº 1901145, cuando, para la celebración de un festival de música al aire libre en el Departamento de Jura, al este de Francia se realizan varios contratos, siendo dos de ellos adjudicados sin publicidad ni concurso a una empresa para ocuparse de la programación artística por un lado y a la venta de entradas por otro. En este caso, el juez estima que los dos contratos en cuestión cumplen con las condiciones previstas en el artículo R.2122-8 del código de contratación pública, por lo que no se puede imputar al órgano de contratación ninguna irregularidad.

ni concurso previo, establecido en el artículo R 2122-8 en 40.000 € y que se incrementó hasta los 70.000 € hasta el 10 de julio de 2021⁶²⁸; y para los productos alimenticios, se establecía la adjudicación directa para aquellos contratos por valor estimado inferior a 100.000 € ⁶²⁹.

Al igual que sucede en nuestra norma nacional, la aplicación de este procedimiento de contratación sin publicidad ni concurrencia en el ordenamiento jurídico francés no permite obviar la obligación de la aplicación de los principios fundamentales de la contratación pública por parte de las administraciones, tal y como han señalado sus propios tribunales nacionales⁶³⁰ y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en el Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de julio 2002,⁶³¹ en el que se plantea si los contratos celebrados sin sujeción a los requisitos de publicidad y concurrencia están sometidos a la misma jurisdicción que el resto de procedimientos, o si por el contrario, dado que todos los contratos adjudicados en aplicación del Código de Contratación

⁶²⁸ Décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires.

Article 1: “Jusqu'au 10 juillet 2021 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 70 000 euros hors taxes.

Ces dispositions sont applicables aux lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 70.000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin”.

⁶²⁹ *Article 2: “Pour des produits livrés avant le 10 décembre 2020, les acheteurs peuvent conclure sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes portant sur la fourniture de denrées alimentaires produites, transformées et stockées avant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée.*

Ces dispositions sont applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin”.

⁶³⁰ Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de julio 2002, Société MAJ blanchisseries de Pantin, req. n° 246921.

⁶³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH, Asunto C-324/98, y de 3 de diciembre de 2001, Bent Moustén Vestergaard, Asunto C-59/00. En ambos casos,

Pública están sujetos al juez administrativo, deberá aplicarse a todos los contratos que entran en el ámbito del código de contratación pública o solo a aquellos que han sido adjudicados a través de alguno de los procedimientos regulados en dicho Código; el Consejo de Estado respondió afirmativamente al señalar que los contratos que se celebran sin formalidades previas solo pueden adjudicarse aplicando las disposiciones del código de contratación pública que lo autorizan. En consecuencia, se *“aprueban en la aplicación del código de contratación pública, al igual que los contratos para cuya adjudicación del código impone el cumplimiento de normas de procedimiento”*; y por tanto, a pesar de que estos contratos no han seguido las formalidades exigidas para otros procedimientos, siguen sujetos a los principios generales que rigen la celebración de contratos, a saber, la libertad de acceso a la contratación pública, la igualdad de trato o la transparencia de los procedimientos.

Continuando con el análisis del artículo R 2122-8, éste exige en su párrafo segundo que, para poder llevar a cabo esta contratación sin publicidad ni procedimiento de contratación alguno, el comprador deberá elegir una oferta pertinente, hacer un buen uso de los fondos públicos y no contratar sistemáticamente con el mismo operador económico cuando exista una pluralidad de ofertas susceptibles de cubrir la necesidad; si bien no indica cómo ha de hacerse dicha rotación entre proveedores.

Para concluir, hay que señalar que, en este tipo de procedimientos, el comprador no está obligado al uso de medios electrónicos, entre otros, *para los contratos mencionados en los artículos R. 2122-1 a R. 2122-11 y que atiendan una necesidad cuyo valor estimado se encuentre por debajo de los umbrales del trámite formalizado*, tal y como se indica en las excepciones al empleo de comunicaciones electrónicas recogidas en el artículo R 2132-12 del CCP⁶³².

⁶³² Article R2132-12 - Échanges électroniques (exceptions)

“L’acheteur n’est pas tenu d’utiliser des moyens de communication électronique dans les cas suivants:

1° Pour les marchés mentionnés aux articles R. 2122-1 à R. 2122-11 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée”.

4.5. CHILE

El crecimiento económico chileno producido durante el final del siglo XX y la primera década del siglo XXI han situado a Chile a la cabeza de los países latinoamericanos debido a su gran desarrollo económico y social. Este crecimiento ha traído consigo la necesidad de cubrir las necesidades del sector público desde el sector privado y para ello, la regulación en materia contractual se ha desarrollado exponencialmente a la par que su economía.

Por lo que se refiere a las compras públicas, el actual sistema de contratación chileno contempla la figura de la *Contratación o Trato Directo* que consiste en una posible adjudicación directa en aquellos supuestos que la ley y el reglamento contemplen de manera expresa.

La norma chilena, esta es, la Ley de bases sobre contratos Administrativos de suministros y prestación de servicios de 2003⁶³³, y su Reglamento de desarrollo⁶³⁴, surgen como consecuencia de los trabajos iniciados en el año 1994 por parte de la Comisión Nacional de Ética Pública (CNEP). Esta entidad nace como “*una instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública*”⁶³⁵; y entre los estudios que debía llevar a cabo se encontraba el referido al análisis de la situación vigente en aquél momento, de las contrataciones públicas en Chile⁶³⁶, con la finalidad de llevar a cabo las correspondientes reformas que garantizaran la transparencia de las mismas⁶³⁷.

⁶³³ Ley n° 19.886, de bases sobre contratos Administrativos de suministros y prestación de servicios del año 2003. (Última versión de fecha 1 de abril de 2018).

⁶³⁴ Decreto Supremo (D.S. n° 250) del Ministerio de Hacienda del año 2004. Reglamento de la ley n° 19.886. (Última versión de 10 de agosto de 2015).

⁶³⁵ Artículo 1° del Decreto N°423 del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril del año 1994.

⁶³⁶ Informe de la Comisión Nacional Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción. (1996). Fuente: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/10870>

⁶³⁷ Artículo 2 del Decreto N°423 del Ministerio del Interior: “Serán objetivos de la Comisión: d) “*Evaluar la reglamentación vigente en materia de contratos y licitaciones del Estado, con objeto de proponer*

Dicho estudio dejaba constancia de la fuerte tendencia hacia la corrupción en las compras públicas, así como la existencia de una desigual y confusa reglamentación del sistema de adquisiciones estatales vigente sumado a la peculiar situación de las administraciones locales en las que destacaba la inexistencia de principios y normas comunes mínimas que uniformasen el sistema de adquisiciones⁶³⁸.

Como respuesta a tal situación, la CNEP propone una serie de medidas encaminadas a asegurar la objetividad, la transparencia y la eficiencia de los procedimientos de contratación pública⁶³⁹; dichas medidas dieron lugar a la elaboración del proyecto de ley

eventuales perfeccionamientos y reformas destinados a garantizar la transparencia de los procedimientos”.

⁶³⁸ Los trabajos de evaluación del sistema de compras públicas en Chile se continúan llevando a cabo en la actualidad; así por ejemplo, la Dirección ChileCompra ha elaborado uno de los informes más recientes al respecto, en el que sobre la base de la larga tradición de evaluación del área de compras gubernamentales que tiene Chile, algunas de las que se han realizado en los últimos 10 años son de carácter comprensivo, mientras que otras abarcan aspectos parciales del sistema; y entiende que muchas de las recomendaciones que surgieron de esas evaluaciones se implementaron, mientras que otras no se han puesto en práctica, a pesar de que en algunos casos son conocidas desde hace bastante tiempo. Entiende que *esta dificultad se vincula con una de las principales brechas identificadas en la presente evaluación, que tiene que ver con la insuficiente definición de algunos de los aspectos centrales de la función normativa/regulatoria, como son la definición de las políticas de compras públicas o la supervisión y evaluación del sistema en su conjunto; y por ello, la solución a esta brecha permitirá avanzar en un fortalecimiento significativo del sistema de compras gubernamentales de Chile, tal como surge del ejercicio de evaluación que se presenta en este informe.*

Fuente: https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/06/InformeFinal_publicado.pdf

⁶³⁹ Las medidas propuestas en materia de Contratos y Licitaciones del informe elaborado por la CNEP, sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción, según indica Rodríguez Muñoz, C.P., *Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2015, fueron las siguientes:

1º Dictación de una Ley Marco sobre Contratos y Licitaciones del Estado (Recomendación N° 27).

A estimación de la CNEP, ante la constatación de que la normativa sobre esta materia es de carácter disperso y dispar, tanto en contenido como en jerarquía, recomienda la sistematización de las mismas, a través de la dictación de una ley marco que de unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación aplicable a la materia.

La ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado debería garantizar los principios de transparencia y de objetividad, manifestándose en diversos aspectos de la contratación pública, como son la decisión fundada de celebrar un contrato pública relativo a bienes y servicios, como regla general; la preparación y publicación de las bases administrativas; el proceso de adjudicación, privilegiando el factor precio, con el fin de evitar la discrecionalidad en la adjudicación y prevenir irregularidades; el cumplimiento

de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios que no vio la luz hasta el año 2003 y que, junto con su posterior Reglamento de desarrollo, continúa vigente en la actualidad⁶⁴⁰.

Por lo que se refiere a los diferentes procedimientos de contratación, la Ley de bases sobre contratos Administrativos de suministros y prestación de servicios recoge en su artículo 5 como supuestos excepcionales de contratación, la licitación privada y la contratación o trato directo, siendo este último el que podría asimilarse a nuestro contrato menor y que se define como “*el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada*”⁶⁴¹.

contractual, con el fin de garantizar su sujeción a lo prevenido en el contrato o licitación; y el sistema de sanciones por incumplimiento de contrato, a través de multas y garantías, según se trate. (...)

2º Dictación de Reglamentos de Adquisiciones para las Municipalidades (Recomendación N°28).

La Comisión estima pertinente impregnar de mayor objetividad el sistema de adquisición municipal, sea sometiéndola en forma total o parcial a la normativa que disponga la ley marco propuesta en el número anterior, o bien, estableciendo un régimen particular, pero que garantice la predeterminación, transparencia y objetividad en dicho proceso.

Se recomienda modificar la Ley Orgánica de Municipalidades en cuanto, a imponer al concejo la obligación de dictar un reglamento de adquisiciones.

3º Instalación de un Sistema de adjudicación electrónica de propuestas del Estado (Recomendación N°29).

El requerimiento básico es la homologación o indiferencia en calidad técnica de bienes y servicios demandados por el Estado, así se asegura la transparencia, objetividad y eficiencia del sistema, en base a que el único factor relevante para la adjudicación sea el precio.

Una de las principales virtudes de este sistema, es que facilita el control y escrutinio público tanto de compradores, proveedores y ciudadanía en general.

Se recomienda la externalización de este servicio de adjudicación electrónica, para lo cual debe procederse a la correspondiente licitación.

⁶⁴⁰ La Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestaciones de servicios fue modificada el pasado mes de agosto de 2021, por Ley 21.362; mientras que el Decreto 250, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley n° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, fue modificado con posterioridad, en concreto, el 14 de octubre de 2021, por el Decreto 1218.

⁶⁴¹ Artículo 7 de la ley.

Tal y como se indica en la Directiva de contratación pública chilena n° 10⁶⁴², *el objetivo del trato o contratación directa es ser un procedimiento ágil y sencillo para seleccionar y contratar a los proveedores de un bien o servicio requerido, cuando concurren determinadas circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico, que justifican la no utilización de los procesos de licitación. Y continúa señalando que la normativa contempla este proceso de compra en consideración a variables, características y circunstancias especiales que requieren que un procedimiento de compra simplificado y más expedito y que justifican la no exigencia de todas las formalidades propias de una licitación, es decir, que en casos especiales se recurre a un tipo de compra más rápida y con menos requisitos que los de una licitación; pero en la que sí serán necesarias un mínimo de tres ofertas previas, salvo en aquellos casos en los que la adjudicación directa sea consecuencia de razones de emergencia, urgencia o suceso imprevisto; cuando solo exista un proveedor, se trate de servicios de naturaleza confidencial o cuando la difusión de la contratación pudiere afectar la seguridad o el interés nacional y, finalmente, aquellos que por su naturaleza exijan una negociación. Todos los posibles supuestos de Trato Directo se relacionan de manera taxativa, pero no vinculante, tanto en la ley como en el Reglamento⁶⁴³, es decir, a pesar de la regulación de los asuntos susceptibles de*

⁶⁴² Directiva de Contratación Pública n° 10, Instrucciones para la utilización del Trato Directo. Santiago de Chile, 2 de octubre de 2008.

⁶⁴³ El artículo 8 de la Ley y el artículo 10 del Reglamento contemplan como causas posibles de trato directo las siguientes:

a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.

Las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada. Si las bases son modificadas, deberá procederse nuevamente como dispone la regla general;

b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales;

c) 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.

contratación directa, sin embargo, nada impide que su contratación se lleve a cabo a través de un procedimiento de licitación pública si así lo estimase conveniente la entidad licitante⁶⁴⁴; supuestos estos últimos, que se asemejan al procedimientos negociado contemplado en nuestro ordenamiento jurídico español.

A pesar de la relación de supuestos recogidos en la norma chilena para llevar a cabo el trato directo, la norma general establece que los organismos públicos, -a excepción de las entidades locales- estarán obligados a acudir como primera opción de compra a la relación del catálogo electrónico disponible en ChileCompra Express⁶⁴⁵ y, solamente

Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975;

d) Si sólo existe un proveedor del bien o servicio;

e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional;

f) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo;

g) Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley, y

h) Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

En todos los casos señalados anteriormente, deberá acreditarse la concurrencia de tal circunstancia, la que contará con las cotizaciones en los casos que señale el reglamento.

⁶⁴⁴ Artículo 10 in fine del reglamento.

⁶⁴⁵ **ChileCompra Express** es la tienda electrónica de ChileCompra donde se venden los productos que han sido licitados a través de un Convenio Marco y que permite a los organismos del Estado chileno comprar sin llevar a cabo una licitación. Uno de sus objetivos es obtener precios de mercado competitivos, que la oferta de productos sea de calidad y tener cobertura nacional; de tal manera que así resulte más eficiente el proceso de compra, pudiendo elegir entre varios proveedores.

Últimos datos disponibles: ChileCompra Express contiene 118 mil 664 productos y/o servicios en los 52 convenios marco vigentes, con la participación de mil 311 proveedores.

Durante el año 2009 se llevaron a cabo más de 932 millones de dólares y 395 mil 365 órdenes de compra; asimismo durante el primer trimestre del año 2010 se realizaron cerca de 279 millones de dólares y 75 mil 470 órdenes de compra.

cuando el bien o el servicio requerido no se encuentre disponible en el catálogo electrónico, deberán optar inicialmente por la licitación pública, para posteriormente acudir a la licitación privada y finalmente, acudir al trato directo.

Aún con todo, la norma chilena contempla varios tipos de trato directo, que son, en primer lugar, el *Trato Directo Abierto o Público*, es decir, aquél al que se da publicidad y en el que pueden participar todos los proveedores inscritos en el sistema de compras del estado; el *Trato Directo Cerrado o Privado*, que consiste en realizar invitación a un mínimo de tres proveedores sin dale mayor publicidad; y el *Trato Directo sin Cotización*, en el que se elige directamente al proveedor sin ningún tipo procedimiento de invitación o publicidad; y, desde el primero de ellos, hasta el último van incrementando tanto su agilidad como su sencillez en la tramitación.

Cada uno de ellos, puede encajar dentro de nuestra figura de adjudicación directa, en tanto en cuanto, algunos poderes adjudicadores españoles se han autoimpuesto la obligación de licitar cierto tipo de contratos o a partir de cierto valor económico del gasto, y el que podrían participar todos los empresarios interesados -como ya hemos indicado en el capítulo III de este estudio- y que podemos equiparar con el *Trato Directo Abierto o Público chileno*.

También, el *Trato Directo Cerrado o Privado* chileno se puede equiparar con el contrato menor en aquellos supuestos en los que se exige disponer al menos, de tres ofertas previamente a la adjudicación de un contrato menor; sin duda la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la LCSP, de la OIRESCON; y, finalmente, el *Trato Directo sin Cotización chileno*, encaja en los términos de nuestro artículo 118 LCSP..

Por lo que se refiere a la publicidad y la transparencia del trato directo chileno, se establece como norma general la publicación en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública de las resoluciones fundadas que autoricen la procedencia del trato o contratación directa, en el plazo máximo de 24 horas desde que estas hayan sido dictadas⁶⁴⁶. Ahora bien, el artículo 53 del Reglamento, contempla la denominada

⁶⁴⁶ Artículo 8 de la Ley de bases sobre contratos Administrativos de suministros y prestación de servicios párrafo segundo: “En los casos previstos en las letras señaladas anteriormente, salvo lo dispuesto en la

exclusión del sistema, que no es más que la posibilidad de efectuar contrataciones fuera del Sistema de Información anteriormente mencionado, entre cuyos supuestos se encuentran dos por razón de la cuantía, que son, las contrataciones de bienes y servicios cuyos montos sean inferiores a 3 UTM⁶⁴⁷ y las contrataciones directas, inferiores a 100 UTM, con cargo a los recursos destinados a operaciones menores (caja chica), siempre que el monto total de dichos recursos haya sido aprobado por resolución fundada y se ajuste a las instrucciones presupuestarias correspondientes; que se podrían equiparar a nuestros pagos a través de caja fija.

Finalmente, por lo que respecta al trato directo en los contratos de obras, cabe señalar que esta es sin duda, una de las principales problemáticas de la contratación pública chilena, dado que, dependiendo de la Administración de que se trate, la normativa a aplicar será diferente⁶⁴⁸; así el Trato Directo para las obras públicas se define en el artículo 4. 28) de Decreto 75, de 2 de febrero de 2004 como la “*forma de contratar la realización de una obra sin llamar a licitación, conviniéndose con un contratista inscrito en el registro respectivo, los precios, plazos y normas que regirán el contrato, el cual debe ceñirse a este reglamento*”; y en el Decreto 236, de 9 de diciembre de 2002, que aprueba las bases generales reglamentarias de contratación de obras para los servicios de vivienda y urbanización⁶⁴⁹, se define como “*un sistema excepcional de contratación en que se*

letra f), las resoluciones fundadas que autoricen la procedencia del trato o contratación directa, deberán publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas. En igual forma y plazo deberán publicarse las resoluciones o acuerdos emanados de los organismos públicos regidos por esta ley, que autoricen la procedencia de la licitación privada”.

⁶⁴⁷ UTM = Unidad Tributaria Mensual. Unidad de cuenta usada para efectos tributarios y de multas.

En la siguiente tabla se presenta para los meses del 2021, los respectivos valores de la UTM, expresados en pesos:

2021	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre
UTM	50.978	51.131	51.489	51.592	51.798	52.005	52.161	52.213	52.631

Octubre	Noviembre	Diciembre
52.842		

Fuente: Sii; Sistema de Impuestos internos fiscales de Chile.

⁶⁴⁸ Artículo 9° de la ley n° 18.575, Ley Orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado, en su párrafo segundo: “*La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo*”.

⁶⁴⁹ Artículo 2° de dicho Decreto.

pactan el precio y demás condiciones que regirán la ejecución de una obra, en conformidad a las normas contenidas en el presente reglamento, sin tener necesariamente como antecedente inmediato un llamado a propuestas”; si bien, a pesar de su dispersión normativa, el objetivo y la finalidad de esta figura es coincidente entre todas ellas.

Finalmente, como podemos observar, a pesar de tratarse de una figura con ciertas similitudes al contrato menor del ordenamiento español, lo cierto es que existen numerosos aspectos que diferencian a ambas figuras; resultando sin lugar a duda ser, sobradamente más restrictiva nuestra norma nacional, principalmente en cuanto a los supuestos en que resulta factible su aplicación; así, mientras que, como hemos señalado, la norma chilena habilita la posibilidad de llevar a cabo compras directas en numerosas y variadas circunstancias, la LCSP se limita a aquellas compras excepcionales y no recurrentes siempre que no superen una cuantía económica determinada.

Además, debemos añadir que, en el año 2019, el Decreto 821, de Julio de 2019 del Ministerio de Hacienda, modificó el reglamento de compras públicas para incluir una nueva modalidad denominada Compra Ágil, mediante la cual *“las entidades podrán adquirir bienes y/o servicios por un monto igual o inferior al fijado por el artículo 10 bis de este Reglamento, de una manera dinámica y expedita, a través del Sistema de Información, mediante el procedimiento de trato directo, requiriendo un mínimo de tres cotizaciones previas⁶⁵⁰; y, agregando también, un nuevo artículo 10 bis⁶⁵¹ y aprobando*

⁶⁵⁰ Artículo único del Decreto n° 821, de 2 de julio de 2019, que viene a introducir un nuevo artículo 38 al Decreto n° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el Reglamento de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁶⁵¹ Artículo 10 bis. - La Compra Ágil:

“Procederá el trato o la contratación directa, previo requerimiento de un mínimo de tres cotizaciones, a través del Sistema de Información, mediante la modalidad denominada Compra Ágil, si las contrataciones son iguales o inferiores a 30 Unidades Tributarias Mensuales. En este caso el fundamento del trato o la contratación directa se referirá únicamente al monto de la misma, por lo que no se requerirá la dictación de la resolución fundada que autoriza la procedencia del Trato o Contratación Directa, bastando con la emisión y posterior aceptación de la orden de compra por parte del proveedor.

En virtud del artículo 2° quáter de la ley N° 21.131, en estas compras las Entidades podrán pagar en forma anticipada a la recepción conforme del bien y/o servicio, manteniendo su derecho de retracto, así como los derechos y deberes del consumidor, establecidos en el Párrafo 1° del Título II de la ley N° 19.496.

En el evento que respecto de los bienes y/o servicios a adquirir, la Dirección de Compras y Contratación Pública mantuviere uno o más Convenios Marco vigentes, la Compra Ágil sólo procederá cuando por esa vía se obtengan condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del presente

una Recomendación para el uso de esta nueva modalidad⁶⁵², cuyos requisitos para su aplicación son los siguientes:

- *Tramitación a través de la plataforma Compra Ágil en Mercado Público.
- *Cuantía de adquisición menor o igual a 30 UTM.
- *Exigencia de, al menor, 3 ofertas previas.

En esta figura contractual, la selección del contratista no se ciñe a cuestiones económicas, y, por tanto, el órgano de contratación puede seleccionar al adjudicatario, atendiendo a criterios económicos, o técnicos previamente señalados en el momento del requerimiento.

Reglamento. En tal caso, las condiciones más ventajosas se entenderán referidas al menor precio del bien y/o servicio, el que quedará consignado en la respectiva orden de compra, sin que se requiera la dictación de un acto administrativo, debiendo, en todo caso, cada Entidad mantener los antecedentes respectivos, en donde conste la comparación de precios, para su revisión y control posterior, cuando sea procedente."

⁶⁵² Resolución Exenta n° 256 B, de 24 de abril de 2020, que aprueba la directiva de contratación n° 35, sobre Recomendaciones para el uso de la modalidad compra ágil.

CONCLUSIONES

Atreverse a hablar del contrato menor, es saberse cuestionado por las afirmaciones que al respecto se puedan manifestar, especialmente si uno comete el dislate de exponer opiniones que pudieran implicar su defensa. Y ello porque, más allá de los concedores - en mayor o menor medida- de la contratación pública, parece que, con respecto a esta figura, florecen a menudo expertos dispuestos a criticar las *escasísimas* bondades que este instrumento pudiera aportar a la contratación pública. Así, no resulta inusual encontrar titulares de prensa en los que se pone de manifiesto su inoportuna regulación, enarbolando la bandera de la corrupción del contrato menor; como si el instrumento en sí fuera quién cometiera la corruptela, y no quienes lo utilizan para tal ilícito fin. Pero, partiendo de la cruel realidad, de que nada es perfecto y, por tanto, todo es mejorable, -incluso la regulación del contrato menor- debemos tener presente que, tan denostada figura contractual forma parte de nuestro cuerpo normativo desde tiempos decimonónicos, y así, durante el reinado de la reina Isabel II de España, su regulación en nuestro ordenamiento, supuso una verdadera revolución al establecer por primera vez límites a las actuaciones reprochables de quienes llevaban a cabo las contrataciones públicas, lo que demuestra, que el hábito no hace al monje y que la creación de esta figura surge en realidad de la necesidad de paliar lo que en la actualidad resulta ser su mayor elemento de crítica.

Es más, aquella primera regulación de las adjudicaciones directas en nuestro ordenamiento, suponía un enfoque, a nuestro entender, mucho más correcto y ajustado a la realidad que la contenida en la norma actual. Y ello porque, en su origen, aquella regulación atendía al criterio de la capacidad económica de quién llevaba a cabo la verificación de la compra, según se tratara de un Ministro de la Corona, de un Director General o del Gobierno delegado de las provincias, para marcar unos límites económicos y de cantidades de adquisición, permitiendo en cada caso, un mayor o menor consumo y gasto de acuerdo a la capacidad presupuestaria de cada uno. Sin embargo, esta diferencia justificada en razones de solvencia económica, a nuestro modo de ver se desvirtuó erróneamente con la entrada en vigor de la Ley de la Hacienda Pública de 1911, que vino a eliminar desde entonces y hasta nuestros días, esas diferencias, equiparando en cualquier caso las cuantías, sin atender a la capacidad económica del poder adjudicador; y de este modo, sobre la base de una interpretación errónea del principio de igualdad, se obvia la realidad de la situación económica de los miles de poderes adjudicadores que

pueden aplicar este procedimiento, fomentando situaciones cuanto menos, paradójicas, ya que nadie pensaría que ni las necesidades ni las capacidades económicas de un Ministerio, de una Delegación del Gobierno o de una Consejería autonómica, son equiparables por ejemplo, con las del municipio de Teverga, en Asturias, que tiene menos de 2.000 habitantes; y sin embargo, para la contratación menor, sí lo son. Es por ello, por lo que creemos necesario que se debe restituir la igualdad en este punto de la regulación y como propuesta *de lege ferenda* establecer un porcentaje máximo de gasto a razón del presupuesto de los diferentes poderes adjudicadores, en lugar de fijar una cantidad máxima común para todos ellos, como está establecido en la regulación vigente.

Continuando con el principio de igualdad, pero enfocado ahora desde las relaciones de los poderes adjudicadores para con los operadores económicos, debemos poner de manifiesto que la igualdad de trato y la no discriminación entre todos los posibles participantes son sin duda la piedra angular de la legislación contractual mundial; y son la base sobre la que se sustentan el resto de los principios de la contratación, sin los cuales, todos los demás no tendrían sentido ni se podrían desarrollar.

Resulta incuestionable que la situación de globalización económica y comercial internacional exige unos estándares de comportamiento para las buenas relaciones y la correcta convivencia; estas normas son los principios que, como no puede ser de ninguna otra manera, nacen y son dados, por los mismos estados que participan de dichas relaciones con el objetivo de fomentar la participación de las empresas de los diferentes países en la actividad comercial mundial, dentro y también fuera del mercado europeo; y permitir con ellos, superar la barrera que favorece únicamente al mercado local. Este conjunto de obligaciones, sustentadas en el principio de igualdad de trato y no discriminación, se quiebra cuando del contrato menor se trata -tanto en España como en otros países en los que también cabe la posibilidad de realizar contrataciones directas, con figuras como el Affidamento Diretto de Italia, el Direktauftrag de Alemania o el Trato Directo de Chile entre otros- puesto que las normas contractuales en este punto, reducen las exigencias del sometimiento general a todos los principios de la contratación, con la finalidad de agilizar las compras públicas y, aunque en muchas ocasiones se deje en el olvido, favoreciendo con ello un uso más eficiente de los fondos públicos. Y es que, si bien es indudable el necesario sometimiento a dichos principios que rigen las

contrataciones públicas, no es menos cierto que estas exigencias implican una mayor burocracia y, por ende, un mayor gasto público. Y, si bien este incremento de gasto es asumido en favor de un mayor grado de transparencia en la mayoría de las compras públicas, sin embargo, en el caso que nos ocupa, se atiende a la flexibilización de algunos de los principios en defensa de otro principio incuestionable de comportamiento de los entes públicos que es, la eficiente utilización de los fondos públicos, dada la escasa cuantía de este tipo de procedimientos. Al respecto, y ante las críticas constantes al contrato menor, debemos cuestionarnos, si acaso existen principios que gozan de una mayor preeminencia -como la transparencia, y la libre concurrencia- frente a otros -como la eficiente utilización de los fondos públicos- y, en tal caso, preguntarnos si incrementar los gastos de la contratación pública de modo indebido en contratos de escasa cuantía, disponiendo de un procedimiento que permite el ahorro, tendría sentido.

Pues bien, esa laxitud que la ley concede al contrato menor redundaría en una agilidad procedimental y, en definitiva, en una reducción de costes; y es que, en ningún caso tendría sentido que el gasto de los recursos que la administración necesitase emplear para llevar a cabo una contratación menor, superara el coste del propio bien que se pretende adquirir; máxime, a sabiendas de que ese incremento de costes repercutiría en quienes lo han de sufragar, que no son otros que los ciudadanos. Por tanto, el legislador nos ha dotado de un instrumento competitivo que no sólo permite una mayor agilidad procedimental, sino que ello conlleva una racionalización de los recursos humanos y materiales a la administración contratante, permitiendo así un mayor aprovechamiento y una mejor gestión de los fondos públicos.

Cuestión distinta es el uso que se pueda dar a este procedimiento, y es que, en demasiadas ocasiones, parece que los gestores públicos se han olvidado de su deber de respeto al principio de integridad en todas y cada una de sus actuaciones y pretenden recurrir a la contratación menor cuando, por falta de la debida diligencia, no se ha llevado a cabo un plan de contratación anual, o se fraccionan contratos y se pretende eludir la ejecución de otro procedimiento más complejo, como hemos venido señalando en toda nuestra exposición. Y es que, en ocasiones, resulta sumamente difícil poder dar respuesta al devenir diario de las necesidades de las administraciones y a la cada día mayor complejidad de la tramitación de los procedimientos contractuales, y por ello, resulta más necesaria que nunca la profesionalización de quienes tienen a su cargo tal responsabilidad,

mostrando un comportamiento escrupulosamente ético y ejemplar, atendiendo, como señala la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a lograr una contratación pública más competitiva; y para ello, resulta sin duda necesario el esfuerzo de los profesionales del sector y en especial, la implicación de todas las instituciones públicas - incluso más allá del ámbito nacional- implementando mecanismos de constante aprendizaje, así como facilitando y fomentando el acceso a la formación. Por ello, la Comisión Europea⁶⁵³ ha recomendado la necesidad de construir toda una arquitectura para lograr esta profesionalización de la contratación pública con el objetivo de *“reflejar la mejora de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación para atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles”*; y recuerda a los Estados miembros, su obligación de *“elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónoma o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública”*; y que España ha implementado a través de su propio sistema de acreditación para los responsables de contratación pública a través de la UNE EN-ISO 17024⁶⁵⁴, a lo que debería añadirse la necesidad de reducir ciertas exigencias ineficientes y repetitivas como la publicación de los contratos en diversas plataformas que, por carecer de interconexión, multiplican innecesariamente esta labor y que obligan a emplear un tiempo que sería muy necesario aprovechar en otras importantes y múltiples tareas propias de la actividad contractual que permitirían mejorar la gestión contractual; y es que sin duda se necesitan mecanismos de control externo de las contrataciones menores pero que sean verdadera y plenamente eficaces.

Volviendo a las laxas exigencias de que goza el contrato menor, la primera redacción del artículo 118 LCSP, incorporaba una serie de exigencias novedosas y que, entre otras, incrementaban la publicidad de las contrataciones directas, así como ciertos límites en las

⁶⁵³ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública.

⁶⁵⁴ Acreditado por ENAC. Se trata de una herramienta de autorregulación de los profesionales consistente en la acreditación de personas en el campo de la contratación pública como instrumento para dar respuesta a la creciente necesidad de especialización del personal en este campo. Fuente: www.enac.es.

adjudicaciones reiteradas a un mismo contratista. Sin embargo, la falta de clarificación de dichas exigencias y la presión recibida desde diferentes sectores, hicieron que finalmente, el legislador eliminara algunos de los aspectos inicialmente contemplados, en lugar de optar por mantenerlas clarificando las posibles lagunas o rectificando los aspectos más controvertidos. Ahora bien, parece que la OIRESCON, en su Instrucción 1/2019, ha querido incorporar algunos elementos para aportar una mayor transparencia o favorecer la participación empresarial tales como la justificación de la necesidad y la falta de planificación o la petición de tres ofertas; aspectos que, a nuestro modo de ver, no suponen una obligación real de impulso de la participación ni de la transparencia puesto que se deja en manos del poder adjudicador la selección de los contratistas a los que requerir oferta y, más allá de una exigencia de la mejor relación calidad-precio para los intereses de la administración, mencionada en la propia instrucción; no se requiere determinar previamente los requisitos de selección de las ofertas. Por tanto, no debemos olvidar que la buena o mala praxis en el uso de este procedimiento, es responsabilidad de quienes tienen en sus manos la gestión de las contrataciones públicas.

En este sentido, tiene mayor valor la implementación de instrucciones, reglamentos y normas propias creadas por diferentes entes públicos en la tramitación de sus contratos menores, en los que se exige publicidad previa e incluso, la licitación de los contratos menores por ellos celebrados; y ello porque, a pesar de que la LCSP establece unos mínimos obligatorios, no debemos agarrarnos a ello y escudarnos en la inamovilidad de la norma puesto que, si realmente se quiere dotar de mayor garantía a nuestras compras menores, aquella no impide que, a impulso de la propia administración contratante, se favorezca la publicidad y la transparencia con los diferentes mecanismos que existen a nuestra disposición, y sin que ello suponga un elevado incremento del coste de la tramitación, como se está demostrando con la puesta en marcha de estos sistemas por diferentes entes públicos a los que hemos hecho referencia en nuestro estudio.

Del mismo modo, y sin tener que acudir a una licitación pública propiamente dicha, se propone la articulación de sistemas competitivos entre los posibles interesados; así *de lege ferenda*, sería posible la creación de sistemas rotativos entre empresas -tal y como se exige por ejemplo, en la normativa de otros países de nuestro entorno, como en el caso de Italia y de Francia- mediante la elaboración por parte de cada uno de los entes públicos, de listas abiertas de empresas a las que acudir frente a las necesidades de carácter menor

y que por tanto, no estén sometidos a otro tipo de procedimiento, en los que los empresarios pudieran ser inscritos sin mayor limitación que la debida capacitación profesional requerida para cada caso; esto es, una suerte de sistema dinámico al servicio de la contratación menor; y en los que las administraciones estarían obligados a rotar las contrataciones entre los empresarios inscritos. Estas listas permitirían la agilidad procedimental y el acceso de manera voluntaria a los empresarios que desearan formar parte de las mismas, facilitando así el incremento de la participación empresarial en las compras públicas menores, dotando de mayor transparencia a las compras públicas y con ello, la consiguiente salvaguarda de la libre competencia.

Más aún, el propio sistema normativo contempla numerosos instrumentos alternativos frente al uso abusivo o inadecuado del contrato menor, por lo que no resultaría necesario acudir indebidamente a la contratación menor o instrumentalizar nuevos procedimientos si son empleados los medios de que dota el legislador a los gestores de la contratación. Así, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de la contratación, los catálogos y subastas electrónicos, o las compras públicas conjuntas, son capaces de dar respuesta a las necesidades que en el día a día y por falta de previsión, son tramitados inadecuadamente, como contratos menores. Ahora bien, aunque estas figuras alternativas gozan de agilidad para dar respuesta en el momento en el que surge la necesidad, cierto es, que han de haber sido previstos con la oportuna anticipación y diligencia por el poder adjudicador para que puedan estar listos cuando surjan las necesidades a que han de dar respuesta, ya que, en caso contrario, nuevamente la excusa de los tiempos de preparación que suponen estos procedimientos, llevaría a emplear inadecuadamente la contratación menor.

Ahora bien, junto con estos, los trabajos de elaboración de la LCSP de 2017 supusieron la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, de un nuevo procedimiento abierto simplificado, cuyo objetivo *ex profeso* era el de paliar las deficiencias de la tan *nociva* figura objeto de nuestro estudio; tal y como manifiesta el legislador en el Preámbulo de la misma. Si bien, lo que parecía inicialmente la respuesta idónea para poder solucionar cualquier exceso de la contratación directa, y simultáneamente, acelerar los tiempos de los procedimientos ordinarios; finalmente se vio ensombrecido por las influencias de ciertos sectores que llevaron a la imposición de exigencias de modificación de dicha figura y que en consecuencia, han hecho que el procedimiento abierto simplificado sea

sumamente lento y, en consecuencia, no consigue dar la respuesta al noble fin para el que fue creado. A la vista del peso de estos sectores de influencia, la aprobación final de la ley incorporó también una versión reducida de este novedoso procedimiento, cuyo alcance se circunscribe a contrataciones de cuantías económicas más reducidas que su hermano mayor, pero consigue por fin, ser más ágil en su tramitación, aunque sólo en una parte de la misma, ya que todos los elementos previos que forman parte de la fase de preparación del expediente se han conservado inalterables y no se permite acelerar la tramitación hasta el momento de la exposición pública de la licitación en la que se reducen los plazos de presentación de ofertas y la posterior fase de adjudicación; por lo que también resultaría oportuno reflexionar al respecto y analizar qué fases previas de este procedimiento podrían ser agilizadas o incluso eliminadas para agilizar su tramitación.

Ahora bien, a pesar de que nuestra opinión es que todas estas alternativas enriquecen nuestro marco normativo y engrandece la calidad de las contrataciones públicas en España, no puede dejar de sorprendernos que todos los esfuerzos adoptados por el legislador en este sentido se dirijan exclusivamente a paliar las *deficiencias* del contrato menor en lugar de emplear la misma dedicación en corregir aquellas situaciones que deberían ser consideradas igualmente perniciosas para el sistema contractual. Nos estamos refiriendo a aquellas contrataciones en las que el procedimiento a aplicar es el sistema del contrato menor pero que gozan de una mayor flexibilidad y parecen pasar desapercibidas ante las críticas. Así, la Ley de Contratos contempla la aplicación de este procedimiento en situaciones de urgencia sanitaria por valor inferior a 30.000 €, obviando así los principios generales de la contratación, y en ciertos contratos adjudicados por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores. También se lleva a cabo el uso del procedimiento menor en las contrataciones de cursos de formación, seminarios, conferencias, etc. para personal al servicio de las administraciones públicas con una flexibilidad que supera las cuantías contempladas en el artículo 118 LCSP, puesto que no se establece límite económico alguno. Del mismo modo, para las contrataciones de acceso a bases de datos y a las suscripciones de publicaciones, se permite realizar su tramitación conforme a las normas establecidas para la adjudicación de contratos menores; en el mismo sentido, las tramitaciones de contratos privados de creación literaria, artística o de patrocinio, permiten su tramitación a través de este procedimiento sin que se produzcan similares ataques, ni las duras críticas a las que se ve sometido el objeto de nuestro estudio.

Por eso, todo ello nos debe hacer reflexionar sobre el alcance que tiene este procedimiento, y es que, si se considera un instrumento abocado a la desaparición por ineficiente, corrupto o falta de transparencia, debemos plantearnos no sólo que existe una gran cantidad de contratos cuya tramitación se realiza mediante este sistema y que a mayor abundamiento, a estos, se les permite una mayor flexibilización con respecto a los límites impuestos al contrato menor y que por el contrario, no parecen resultar tan controvertidos cuando a nuestro modo de ver, la rigurosidad en la aplicación de los principios generales de la contratación en estos supuestos, es sustancialmente más relajada y ello, parecer no resultar tan trascendente como en los casos de la estricta aplicación del contrato menor.

Sin embargo, más allá de las posibles alternativas al contrato menor que contempla la Ley o del empleo de este sistema de contratación en otros casos concretos que, como hemos señalado, otorgan un valor añadido a esta figura; por lo que se refiere a los entresijos de la regulación propia del contrato menor, lo cierto es que en este procedimiento se plantean cuestiones similares a las propias de otros procedimientos, con la salvedad de que, en este caso, no han sido resueltas en la regulación y, por tanto, dan lugar a interpretaciones erróneas y a posibles abusos.

Al respecto, la redacción inicial del artículo 118 LCSP planteaba ciertos elementos que, a pesar de que algunos de ellos han sido eliminados en la última modificación legislativa realizada en esta figura, han despertado una auténtica conciencia de la exigencia de que exista un verdadero expediente en la tramitación de la contratación menor. Así, exigencias como la necesidad de justificar cualquier contrato menor mediante un informe detallado indicando las razones que hacen necesaria la contratación o la justificación de que dicho contrato ha surgido de manera inesperada, más allá de la planificación realizada por el órgano de contratación; la aprobación de gasto, la declaración de inexistencia de fraccionamiento en el contrato o la incapacidad del órgano contratante de asumir por sí mismo la ejecución de aquello que es objeto de contratación por falta de medios propios; se han implantado de manera definitiva en el expediente de todo contrato menor.

A ello, debemos sumar otras cuestiones que han sido analizadas con detalle en nuestro estudio y que cobran una gran importancia a medida que profundizamos en ellas. Así, aunque pudiera parecer que el mayor de los problemas de este procedimiento se encuentra en su tramitación, en cuestiones tales como si resulta o no imprescindible realizar una adjudicación formal de la contratación realizada, o en si sería necesario exigir garantías al adjudicatario, entre otras; lo cierto es que, no debemos olvidar que un contrato no existe hasta que no se lleva a cabo su adjudicación, incluidos los contratos menores; por ello, hemos querido analizar aquellos aspectos que se pueden desarrollar a partir de la adjudicación del contrato y que la norma ha dejado en el aire. Cuestiones como el cumplimiento de las exigencias de ejecución, la posibilidad de llevar a cabo una cesión del contrato o una subcontratación parcial, la posibilidad de realizar modificaciones, el incumplimiento del contrato y sus consecuentes penalizaciones, la conveniencia o no de iniciar expedientes sancionadores dada la escasa cuantía de estos contratos o los excesos de medición en una obra, entre otras, son cuestiones de gran interés que permiten dar luz a una figura oscura, debido quizás, a que el legislador ha creído que el impulso de la propia lógica debería habernos guiado a las oportunas respuestas, pero que, al fin y a la postre, sólo han conseguido ser elementos de conflicto debido a su falta de clarificación.

En conclusión, y por todo lo indicado, creemos que el vacío existente en numerosos aspectos básicos de la regulación del contrato menor y la necesidad de dar luz a una gran cantidad de elementos sumamente relevantes para una correcta aplicación del mismo, hacen más necesario que nunca el estudio que ahora se presenta.

Para finalizar, queremos indicar que a la terminación de este estudio, se han iniciado trabajos de modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para su posterior presentación a las Cortes Generales, si bien, nada se ha sabido hasta la fecha de un posible cambio en lo que afecta a la figura del contrato menor, por lo que entendemos que pronto será necesaria una revisión de su regulación y esperamos y confiamos, que las propuestas aportadas en este trabajo puedan servir para dar claridad a futuras mejoras de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, D., “Novedades introducidas por el efecto directo de las Directivas de contratación pública en materia de publicidad en anuncios en contratos sujetos a regulación armonizada”, *Blog Contiac abogados*, 2016.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, Madrid, 2020.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Los deberes de los empleados públicos”, en la obra colectiva coordinada por GARCÍA LUENGO, J., *Derecho del empleado público en el Principado de Asturias*, Iustel, Madrid, 2012.

ARIÑO ORTIZ, G., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Comares, Granada, 2002.

ASTUDILLO FERNÁNDEZ, J.M., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2005.

ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2019, págs. 1-26.

AUBY, J.B., “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, 2001, págs. 7-22.

AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Contratación Pública*, 45-46, 2015, págs. 209-239.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., ARENILLA SÁEZ, M., *La administración pública entre dos siglos. (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010.

BALLINA DÍAZ, D., VAN BEVEREN, M.G. “¿En serio que tengo que licitar el mantenimiento de los extintores de la oficina?”. *Blog canal profesional de Wolters Kluwer*, 2020.

BATET JIMÉNEZ, M.P., “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos”. Web *Observatorio de la contratación pública*, 2015.

BATET JIMÉNEZ, M.P., “¿Por qué la Universidad pide una moratoria en la aplicación de la LCSP?, por Charo Delgado”, *Blog La parte contratante*, 2018.

BENÍTEZ MORCILLO, B., “Artículo 56º Contratos menores”, en la obra colectiva coordinada por ARIÑO ORTÍZ, G., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Comares, Granada, 2002, págs. 768-771.

BIELSA TEJEDOR, J.C. “Del contrato menor, la interpretación rampante y la perplejidad del gestor público”, *Blog de espublico*, 2018.

BLANCO LÓPEZ, F., “Contrato menor con tres ofertas”. Web *Observatorio de la contratación pública*, 2013.

BLANCO LÓPEZ, F., “La interpretación del contrato menor. El mayor bochorno”, Web *Observatorio de la contratación pública*, 2018.

BENÍTEZ OSTOS, A. y CANDELA TALAVERO, J.E., *La importancia y repercusión del contrato menor*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

BONONAD GRAU, J.V., CATALÁ MARTÍ, J.V., COSTERO CASTET-BELLOCQ, M., HERVÁS MÁZ, J., IVARS BAÑULS, J.A., MORANT RIPOLL, J.J., *La Contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público. Principios informadores del procedimiento de contratación. Requisitos de los contratos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2012.

BONONAD GRAU, J.V., CATALÁ MARTÍ, J.V., COSTERO CASTET-BELLOCQ, M., HERVÁS MÁZ, J., IVARS BAÑULS, J.A., MORANT RIPOLL, J.J., *La contratación de las administraciones públicas ajustada a la ley de contratos del sector público actualizada conforme al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid, 2012.

CANALEZ GIL, Á., HUERTA BARAJAS, J.A., *Contratación del sector público local: comentarios a la ley 9/2017, de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

CANDELA TALAVERO, J.E., “El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor”, *Revista Auditoría Pública*, 2018, págs. 85-94.

CANDELA TALAVERO, J.E., “La transparencia y el contrato menor”, Web *Observatorio de la contratación pública*, 2014.

CANDELA TALAVERO, J.E., “La aplicación del principio de transparencia en la contratación: contrato menor y contratación electrónica”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, 2015, págs. 181-206.

CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*, Tesis doctoral. Universidad de Granada, Granada, 2010.

CARBONERO GALLARDO, J.M., “El contrato menor”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2019, pág. 23.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 2014, págs. 11-44.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 2018, pág. 63.

CASARES MARCOS, A.B., “El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público”, *Revista gallega de administración pública*, 2020, págs. 297-311.

CASSESE, S. “El espacio jurídico global”, *Revista de administración pública*, 2002, págs. 11-26.

CASSESE, S. *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

CASTRO DE CIFUENTES, M. “Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 21, 2018, págs. 121-150.

CEA AYALA, Á., “La difícil distinción entre las obras complementarias y las modificaciones contractuales”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2015, págs. 68-75.

CERRILLO MARTÍNEZ, A., “Las leyes de transparencia y la innovación en las Administraciones Públicas”, *Revista internacional de transparencia e integridad*, 2017, pág. 11.

CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Madrid, 2018.

CHAVES GARCÍA, J.R., “Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad”, *Blog de la Justicia*, 2016.

COBO ARAGONESES, J.L., “¿Rebus Sic Stantibus? ¿O Pacta Sunt Servanda?”, *Blog ilp abogados*, 2018.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación de los contratos y la protección del interés general”, *Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2017.

COLÁS TENAS, J., “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)”, en la obra colectiva coordinada por ORDUÑA REBOLLO, E., Y MERINO ESTRADA, V., *Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local. Doscientos años al servicio de la ciudadanía*, Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, Madrid, 2012.

COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español*, Madrid, 1876.

CORVINOS BASECA, P., AGÜERAS ANGULO, J.M., “Apuntes sobre la garantía definitiva en la contratación pública”, *Blog Pedro Corvinos Abogado*, 2016.

DEL OLMO ALONSO, J., SÁNCHEZ MORÓN, M., *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

DE LA MORENA LÓPEZ, J., “Evolución histórica de la contratación pública en España”, *Web Observatorio de la contratación pública*, 2012.

DE LA MORENA LÓPEZ, J., “Precedentes de la contratación pública en España”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 2015, págs. 81-88.

DE LA MORENA LÓPEZ, J., “Principios generales de la contratación del sector público (art. 1 TRLCSP; arts. 1 y 2 Directiva 2004/18/CE; art. 76 Directiva 2014/24/UE)”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 2015, págs. 72-81.

DE LA MORENA LÓPEZ, J., “Ley de contratos públicos en España desde 1963”, *Web Observatorio de la contratación pública*, Zaragoza, 2017.

DE LA MORENA LÓPEZ, J., PINTOS SANTIAGO, J., “Modificación del contrato”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 2019, pág. 22.

DE LA PEÑA OLIVAS, J.M., “Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano”, en la obra colectiva coordinada por MORENO GALLO, I., *Nuevos elementos de ingeniería romana: III Congreso de las Obras Públicas Romanas*, Junta de Castilla y León y Consejería de Cultura y Turismo, Astorga, 2006.

DÍAZ BRAVO, E., MORENO MOLINA, J.A. *Contratación pública global: visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DÍEZ SASTRE, S., “La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, Zaragoza, 2017, págs. 305-347.

DÍEZ SASTRE, S., “¿El nuevo régimen de los contratos menores se aplica a todos los entes del sector público?”, Blog *Instituto de Derecho Local-UAM*, 2018.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2019.

ESCUÍN PALOP, C., “Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 2005, pág. 29.

ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *Contratos públicos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.

ESPLUGUES MOTA, C., HARGAÍN, D., PALAO MORENO, G., *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Edisofer, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. A., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Hacia un tratado de derecho administrativo romano”, *Revista de derecho UNED*, 2010.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, págs. 213-243.

FONTANA LÁZARO, J., *La globalización en una perspectiva histórica*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003.

GALLEGO CÓRCOLES, I., *La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

GALLEGO CÓRCOLES, I., GAMERO CASADO, E. *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GARCÍA ÁLVAREZ, G., “¿Jaque a la contratación directa? El controvertido régimen de los contratos menores”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, págs. 245-295.

GARCÍA AMEZ, J., “Contratación pública y principio de integridad: su implementación en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de administración pública*, 1963, págs. 99-128.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de administración pública*, Madrid, 1995.

GARCÍA LUENGO, J., *Derecho del empleado público en el Principado de Asturias*, Iustel, Madrid, 2012.

GARCÍA LUENGO, J., *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid, 2022.

GARCÍA MARCHO, R., BLASCO DÍAZ, J.L., CANALS GIL, Á., CASES PALLARÉS, L., CLIMENT BARBERÁ, J., DÍAZ DELGADO, J., DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, *Blog el derecho*, Lefebvre, Madrid, 2018.

GIMENO FELIU, J. M. “Las fuentes normativas en materia de contratación local”, *Cuadernos de Derecho Local*, Madrid, 2007, págs.24-56

GIMENO FELIU, J.M., “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras”, *Revista de administración pública*, 2008, págs. 9-54.

GIMENO FELIU, J.M., “Ley de Contratos del Sector Público ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista española de derecho administrativo*, 2010, págs. 517-535.

GIMENO FELIU, J.M., “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista española de derecho administrativo*, 2015, págs. 81-122.

GIMENO FELIU, J. M. *La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad*, Atelier, Barcelona, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., “Una primera valoración del Proyecto Ley Contratos Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción”, *Web Observatorio de la contratación pública*, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., “La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2020, págs. 42-53.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Nuevo cambio en la LCSP: Contratos menores para la ciencia”, *Blog Global Politics and Law*, 2019.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “La tramitación parlamentaria de la ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, págs. 45-58.

GONZÁLEZ RÍOS, I., “La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa”, *Revistas de estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2019, págs. 6-25.

GRAJAL CABALLERO, I., “Análisis de diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

GRIS GONZÁLEZ, J.C., “La modificación de los contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Administración pública de Castilla y León*, 2012, pág. 5.

GUERRERO MANSO, M.C., Y GIMENO FELIÚ, J.M., *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

HARLOW, C. “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 1, 2006, págs. 187-214.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016.

HUERGO LORA, A.J., “Contratación Administrativa. La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho español”, en la obra colectiva coordinada por Sosa Wagner, F., *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1841-1878.

HUERGO LORA, A.J., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, CIVITAS, Madrid, 1998.

IRIBARREN HERNAIZ, J., LARREA VILLARROYA, F., “Contrato menor y necesidades recurrentes: una tensión legal no resuelta”, *Web Observatorio de la contratación pública*, 2019.

IRURZUN MONTORO, F., “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, *Revista Documentación Administrativa*, 2010, págs. 79-111.

JIMÉNEZ ALEMÁN, A. A., “Derecho global”, *EUNOMÍA, Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016-2017, págs. 237-245.

JIMÉNEZ AYALA, J., “Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias”, *Revista de Obras Públicas núm.151, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, 2004, págs. 49-50.

JIMÉNEZ CANO, R-M., “Sobre los principios generales del derecho. Especial consideración en derecho español”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2000, págs. 1-18.

JOVE LOSADA, M.A., “La dialéctica de los contratos menores: legalidad, programación y eficacia”, *Revista digital CEMCI*, 2018, págs. 1-33.

KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B., “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”, *Revista de Derecho Público, Marcial Pons*, 2020, págs. 1-46.

LASARTE, C., “Las incidencias contractuales del coronavirus y la cláusula Rebus Sic Stantibus”, *Blog Registradores de España*, Madrid, 2020.

LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A., ALBÓNDIGA ITURBE, J.M. “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los ayuntamientos, Wolters Kluwer*, Madrid, 2018.

LÓPEZ DONAIRE, B., MAYOR GÓMEZ, R., PINTOS SANTIAGO, J., MUÑOZ DE PEDRO, A., “Un año de compra pública con la LCSP 2017”, *Revista Gabilex*, Castilla-La Mancha, 2019.

MAGIDE HERRERO, M., NAVARRO GONZÁLEZ, R., *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MALARET GARCÍA, E. “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 15, 2016, págs. 21-60.

MANENT ALONSO, L., “Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID.19, Análisis del artículo 34 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo”, *Revista Gabilex*, 2020, págs.185-228

MARCONE, J., “Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo”, *Revista Andamios on-line* vol.1, 2, 2005, págs. 123-148.

MARTÍN MARTÍN, S., “Liberalismo e historia en el derecho político. Semblanza de Manuel Colmeiro y Penido (1818-1894)”, *Revista Teoría y realidad constitucional, UNED*, 31, 2013, págs. 643-668.

MARTÍN-RETORTILLO, L., *Jornadas sobre ética pública*, Ministerio de Administración Pública. Madrid, 1997.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción*, Tesis doctoral, Universidad de León, León, 2015.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del

sector público”, *Revista El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2017, págs. 2425-2439.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., BOCOS REDONDO, P., *Contratación del Sector Público Local, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2017.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, *Revista Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2018, págs. 129-142.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La Instrucción 1/2019 de la OIReScon: una visión positiva y práctica para completar el «cerco» a los contratos menores”, *Revista El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2019, págs. 123-148.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La Instrucción vinculante 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación: ¿El ‘cerco’ definitivo a los contratos menores?”, *Web Observatorio de la contratación pública*, 2019.

MARQUINA FUENTES, J., “Los procedimientos abierto simplificado y supersimplificado”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 2019, pág. 15.

MEILÁN GIL, J.L., “El servicio público en el Derecho actual”, *Anuario da Facultade de Dereito. Universidad de La Coruña*, núm. 1, 1997, págs. 371-386.

MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

MEILÁN GIL, J.L., “El contrato público como unidad”, *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Santo Domingo, 2017.

MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., “El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2016, págs. 11-50.

MIR PUIGPELAT, O., *Globalización. Estado y Derecho. Las transformaciones recientes de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.

MIR PUIGPELAT, O., “Contratación administrativa en tiempo de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 12, Valencia, 2009, págs. 107-114.

MIRANZO DÍAZ, J., “Hacia una Administración Pública sostenible: novedades de la legislación europea de contratación pública”, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, Madrid, 2017, págs. 3-40.

MORENO IBAÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen de los contratos menores en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Actualidad Administrativa*, 3, 2018.

MORENO MOLINA, J.A., *Contratos Públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MC-GRAW HILL, Madrid, 1996.

MORENO MOLINA, J.A., “El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública”, *Revista DIXI*, 2012, págs. 8-21.

MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

MORENO MOLINA, J.A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público”, *Revista jurídica de Navarra*, 45, 2008, págs. 45-73.

MORENO MOLINA, J.A., “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, Alemania contra Comisión Europea”, libro coordinado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., MARTÍNEZ-CARANDE, E., ALONSO GARCÍA, R., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012.

GARCÍA MACHO, M., *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MORENO MOLINA, J.A., “Principios Generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina”, *Revista Derecho y Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, págs. 55-64.

MORENO MOLINA, J.A., “La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea”, *Estudios en homenaje al profesor Antonio Aparicio Pérez*, Universidad de Oviedo, 2019.

MORENO MOLINA, J.A., PINTOS SANTIAGO, J., “Aciertos, desaciertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 159, 2019, pág. 2.

MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J., *Buenas prácticas en la contratación pública transparencia, responsabilidad social y lucha contra la corrupción*, *Ledoria*, Toledo, 2019.

MORENO MOLINA, J.A., “Compras de menor cuantía y sistemas dinámicos de adquisición”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2020.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho público general*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

NICOLÁS LUCAS, A., “Contratación Administrativa. El régimen jurídico de los contratos menores y su relación con el procedimiento negociado sin publicidad”, en la obra colectiva coordinada por SOSA WAGNER, F., *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1819 y sigs.

NOEL KEYES, W., *Government contracts in a nutshell*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

NOGUERA DE LA MUELA, B., “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público” en la obra colectiva coordinada por GIMENO FELIU, J.M., *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018.

NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Administración Pública*, 182, 2010, págs. 159-190.

NOGUERA DE LA MUELA, B., “La actividad contractual”, en la obra colectiva coordinada por TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo. Parte especial*, *Atelier libros*, Madrid, 2021, págs, 13-67.

OLIVARES HORTAL, A., “Confidencialidad y transparencia en contratación pública”, *Revista Gabilex*, Castilla-La Mancha, 2016, Págs. 1-55.

ORTEGA CABALLO, C., “Los registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, INAP, Madrid, 2006.

ORQUÍN SERRANO, J.J., “Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”. *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

PALOMAR OLMEDA, A., *Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica de los contratos menores*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

PALOMAR OLMEDA, A., *Contratos menores en la ley del contrato del sector público*, ARANZADI Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

PÉREZ GARCÍA, M.A., “Disquisiciones sobre el contrato menor”, *Revista General de Marina*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012, págs. 313-316.

PINTOS SANTIAGO, J., *Derecho global administrativo y de la contratación pública tras la cuarta generación de Directivas de la Unión Europea. Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental*, Tesis doctoral Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

PINTOS SANTIAGO, J., CÁCERES LUARTE, N., BÉJAR RIVERA, L.J., VARGAS HERRERA, G.I., CANÓNICO SARABIA, A., “II Monográfico de derecho comparado de la contratación pública”, *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, España, 2016.

PINTOS SANTIAGO, J., “Las fuentes formales en el derecho derivado de la UE: actos típicos y atípicos de la contratación pública, conclusiones a los distintos estadios de los principios generales. El principio general de la vigencia tecnológica”, *Revista Contratación administrativa práctica*, 2017, págs.108-115

PINTOS SANTIAGO, J., *Todo sobre el contrato menor*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

PINTOS SANTIAGO, J., “Sistemas Dinámicos de Adquisición: Conclusiones del I Evento de trabajo”. Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2019.

PINTOS SANTIAGO, J., PÉREZ BRAVO, J., “Contratación pública y COVID-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria”, *Revista Gabilex*, Castilla-La Mancha, 2020, págs. 133-184.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2014, págs. 1-19.

PLEITE GUADAMÍAS, F., “Un contrato no tan menor”, *Revista Actualidad Administrativa*, 12, 2018.

PUERTA SEGUIDO, F., “Las obligaciones de publicidad activa previstas en la nueva ley de contratos del sector público: una de las claves de bóveda para garantizar la transparencia en la actividad contractual”, *Revista Gabilex*, 2017, págs. 61-100.

QUINTANA LÓPEZ, T. *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1996. pp. 103-123.

RECUERDA GIRELA, M.Á., *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid, 2018.

RIAÑO, M., “Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público”, *Diario el Independiente*, España, 2017.

RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, *Revista Auditoría Pública*, 61, 2013, págs.61-68.

RÍOS SALAS, V., “Modificaciones normativas e institucionales necesarias para un mejor desarrollo de las obras públicas en Chile, en un contexto de colaboración público-privada”, en la obra coordinada por DÍAZ BRAVO, E., *Contratación pública global. Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación en las instituciones administrativas organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, Instituto Andaluz de la Administración pública, 76, 2010, págs. 15-68.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Los principios del derecho Global de la contratación pública”, *Revista de Derecho PUCP*, 2011, págs. 29-54.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Revista Misión Jurídica*, vol. 6, 6, 2013, págs. 23-56.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., HERCE MAZA, J.I., “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Revista Gabilex*, 2019, págs. 35-60.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública”, *Globalizaçao, direitos fundamentais e direito administrativo novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: anais do I congresso da rede docente eurolatina de direito administrativo*. Obra coordinada por Romeu Felipe Bacellar Filho, Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachem, 2011.

ROSADO PACHECO, S., “La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845 (una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)”, *Anuario de Historia de Derecho Español*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010.

ROLLNERT LIERN, G., “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de Transparencia”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, 2014, págs.349-368.

ROSADO PACHECO, S. “La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845. (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)”, *Anuario de historia del derecho español (AHDE)*, Tomo LXXX. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010.

RUIZ DAIMIEL, M., “Adiós negociado por cuantía, adiós”, *Web Observatorio de la contratación pública*, 2017.

SANMARTÍN MORA, M.A., “El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública”, *Web Observatorio de contratación pública*, 2011.

SANAHUJA, M., MORENO, O.J., “Contratos menores, negociados sin publicidad y restricciones a la concurrencia”, *Blog Fiscalización Local*, 2012.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A., *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J., *Impacto en la contratación pública de las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19*. OIReScon, Madrid, 2020.

SCHWARCE J., “Developing principles of European administrative law”. *Revista Public Law, Sweet & Maxwell*, vol. 57, 2, 1994, págs. 191-212.

SOLDEVILLA FRAGOSO, S., “Nuevas modalidades contractuales y lucha contra la corrupción”, *Revista Actualidad Administrativo*, 1, 2018.

SOSA WAGNER, F., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, 2ª Edición, Cedecs, Barcelona, 1996.

TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo, Civitatis*, 196, 2019, págs. 269-304.

TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, 121, 1995, págs. 99-114.

URREA SALAZAR, M.J., *La contratación internacional de las administraciones públicas*, Dynkinson, Madrid, 1999.

VARGAS-MAZAS, E., “La nueva codificación francesa de la contratación del sector público: el Code de la Commande publique”, Web *Observatorio de la contratación pública*, 2019.

VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato”, *Revista Española de Control Externo, Tribunal de Cuentas*, 2018, págs. 137-187.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, Tesis doctoral, Universidad de Navarra, Pamplona, 2014.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “La compra conjunta y fórmulas eficientes de contratación”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2020, págs. 5-16.

VELÁZQUEZ CURBELO, F., *Manual práctico de contratación administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *Revista andaluza de administración pública*, 2015, págs. 389-401.

VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público?”, *Revista Gabilex*, nº extraordinario, 2019, págs. 29-30.

VILLAR EZCURRA, J.L., “El principio de riesgo y ventura”, libro coordinado por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, 2ª Ed. Civitas, Madrid, 2004.

VIÑUALES FERREIRO, S., “El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una visión crítica”, *Revista de Derecho Público, Estudios de Deusto*, 1, 2015, págs. 423-435.

VICENTE DÍAZ, V., “El contrato "Schödinger" medio muerto o medio vivo dependiendo de quién lea el artículo 118 de la LCSP”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2015, págs. 389-401.

VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, *Revista Gabilex*, 2019, págs. 361-384.

YÁÑEZ SÁNCHEZ, G., “Los contratos menores y la publicidad y concurrencia de empresas”. *El Blog de espublico*, Zaragoza, 2009.

YÁÑEZ SÁNCHEZ, G., “Los contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público”. *El Blog de espublico*, Zaragoza, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Aranzadi, 2014.

ANEXOS

I. ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES INTERPRETACIONES DEL ARTICULO 118 LCSP REALIZADAS POR LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN DE ESPAÑA

Como consecuencia de aquella primera redacción del artículo 118 en la LCSP 17 y de las lagunas por él generadas, surgieron un aluvión de interpretaciones desde distintos organismos autorizados con la finalidad de dar luz a la confusión generada. En el presente punto se analizan de manera individual, cada uno de los Informes, Dictámenes y Recomendaciones emitidos por algunos de los diferentes órganos consultivos de contratación más importantes del país; ahora bien, no se pretende llevar a cabo una reproducción sistemática de los mismos, sino que, además de examinar detenidamente ciertas cuestiones comunes en todos ellos, el objetivo es dar relevancia a aquellas interpretaciones que en cada uno de los mismos puedan resultar novedosas y que difieran de los aspectos comunes a todos ellos, aportando así un mayor conocimiento de esta figura y de la pretensión a la que aspiraba el legislador en ese momento.

Entrando en el análisis propiamente dicho del contenido de la nueva Ley de Contratos y, respecto a la figura del contrato menor en el momento de su aprobación, cabe señalar que, si bien en cuanto a límites económicos o plazos de duración no se produjo una modificación sustancial, sí que la hubo en cuanto a la tramitación del procedimiento⁶⁵⁵; siendo tal el calado de los elementos controvertidos y los interrogantes que se planteaban respecto del apartado tercero del artículo 118 LCSP, que se llegaron a pronunciar hasta diez órganos consultivos de contratación pública de los existentes en el país, a la espera de una aclaración que aunase posturas y diera una única respuesta a las muy variadas posibilidades que se abrían ante las lagunas que presentaba el precepto, bien de la mano del legislador, con el desarrollo de la nueva Ley a través de un Reglamento; o bien mediante las resoluciones judiciales, siendo en último caso los Tribunales quienes dirimieran las controversias. Como hemos indicado, la realidad finalmente derivó en una

⁶⁵⁵ Como hemos analizado en el Capítulo III del presente estudio.

modificación del precepto poco tiempo después de la entrada en vigor de la norma⁶⁵⁶, que eliminó los principales interrogantes que se habían planteado; sin embargo, entendemos que, a pesar de la breve vigencia del precepto en su redacción original, tal fue la controversia suscitada que debemos traer aquí las interpretaciones y conclusiones realizadas para que, en caso de un futuro retroceso a la finalidad entonces pretendida, se de luz a las cuestiones que tanta confusión provocaron entre los diferentes sectores implicados en la contratación menor y estos puedan ser aclarados.

1.1. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón del 18 de febrero de 2018, núm. 3/2018⁶⁵⁷

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón fue quien tomó la iniciativa al emitir el primero de los muchos análisis que se han publicado desde los diferentes órganos consultivos del país. Con carácter general, todos ellos abordan una interpretación sobre los aspectos objetivos, subjetivos y temporales del contenido del artículo 118 LCSP, por ser los que inicialmente generan mayor confusión entre los gestores de la ley.

La Junta Consultiva de Aragón, da respuesta en su informe a la consulta planteada por el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza, y que a continuación pasamos a analizar:

1ª. Ámbito objetivo

El aspecto objetivo de la nueva regulación del contrato menor dio lugar a una diversidad de opiniones; así, por parte de esta Junta, se entiende al respecto, que la indeterminación del alcance de la frase contenida en el apartado tercero del artículo 118 LCSP, señalando que *el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*, plantea tres escenarios: el primero de ellos, es la posibilidad de entender que se está

⁶⁵⁶ Se modifica por la disposición final 1.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero; por tanto, desde la entrada en vigor de la norma, el 9 de marzo de 2018, ni siquiera habían transcurrido dos años

⁶⁵⁷ <http://www.aragon.es>

refiriendo a la totalidad de contratos menores; el segundo, que se refiera a cada clase de contrato —obras, servicios y suministro— y el tercero, que haga referencia al tipo de contrato, esto es, identificándolo por su correspondiente CPV⁶⁵⁸.

Ante tal disyuntiva, esta Junta Consultiva entiende que debe tenerse en cuenta la tipología del contrato que se quiera adjudicar en referencia con otros contratos anteriores ya ejecutados, restringiendo el uso del contrato menor en aquellos casos en que compartan una naturaleza *idéntica o similar*, dado que el objetivo de la nueva regulación consiste en evitar el uso reiterado de este tipo de contratos cuando existan *necesidades periódicas o recurrentes*.

Nosotros añadimos que, si el legislador se hubiera referido a la totalidad de los contratos menores suscritos por el mismo empresario, nos veríamos en la disyuntiva de determinar a cuál de las cuantías económicas tendríamos que someter este límite, la establecida para contratos de servicios y suministros o la indicada para contratos de obras; siendo, por tanto, el primero de los escenarios sin duda, desechable. Más aún, yendo al extremo en este paradigma, se podría plantear la posibilidad de encontrarnos ante un contrato mixto de cuantía menor, en el que el gestor se viera obligado a diferenciar aquellas actuaciones correspondientes con un tipo u otro de contrato, así como el porcentaje del coste que correspondiera a cada uno de ellos, para asignar al empresario los gastos que en cada caso fueran propios de uno y otro tipo, calculando hasta el extremo la cuantía correspondiente con el objetivo de determinar si ha llegado o no al límite establecido por contrato. Este planteamiento lo resuelve la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana como veremos más adelante acudiendo a la regulación de los contratos mixtos en la ley y aplicando su regulación ante esta posible situación.

2ª. Ámbito subjetivo

Otra de las lagunas que provocó la redacción original de este artículo, es la de si debemos entender como incompatible la contratación por parte de un órgano de contratación con un licitador que supere los límites económicos o si es posible que dicho límite sea aplicado a la contratación de cada una de las entidades que formen parte de un mismo órgano de contratación; entendiendo por tanto, que son sujetos independientes para poder contratar.

⁶⁵⁸ Common Procurement Vocabulary o Vocabulario Común de Contratos Públicos.

Por parte de la Junta Consultiva de Aragón, su postura es la de entender que cada órgano perteneciente a la misma unidad de contratación tiene la potestad para contratar de manera independiente hasta llegar a los límites indicados en cada uno de los tipos de contrato, visto que, el propio artículo 118 LCSP, se refiere expresamente a *órganos de contratación* al hablar de la comprobación del cumplimiento de la regla de incompatibilidad.

3ª. Ámbito temporal

En cuanto al ámbito de aplicación temporal de estas nuevas reglas, si bien es cierto que no se establece el período de afección de los límites económicos indicados en el apartado 1 de dicho artículo, se debe atender al contenido del artículo 29.8 LCSP, cuando se refiere a que los contratos menores no podrán tener una duración superior al año ni ser objeto de prórroga. Por lo tanto, debe entenderse que este mismo límite temporal es el que rige para la regla de incompatibilidad. Ahora bien, la cuestión va más allá, puesto que el precepto no delimita cuál es ese período anual, es decir, si debe aplicarse al año natural en el que se lleve a cabo la adjudicación o si, por el contrario, se refiere a la anualidad previa computada desde la adjudicación. Cuestión esta que, como señala el informe de la Junta de Aragón, se hubiera solventado si se hubiera respetado la redacción de la enmienda presentada en el Congreso para la introducción de este límite en la que se hacía mención expresa a *«la misma anualidad»*.

Por lo que respecta a esta cuestión, Aragón opta por la aplicación del límite referido al año natural o ejercicio presupuestario al que se impute el gasto. Entendemos que otra interpretación causaría graves trastornos sobre el posible control financiero de las administraciones además de atribuirle un carácter retroactivo a la norma que no le corresponde y que no se sustenta en ninguno de sus preceptos, generando además, durante el primer año desde la entrada en vigor de la ley, una grave inseguridad jurídica sobre las contrataciones realizadas al amparo de la norma precedente al vincularlas a una situación *ad futurum* no contemplada en el momento de realizarse aquellas adjudicaciones.

4ª. El principio de concurrencia y la regla de incompatibilidad

Entra también a valorar el Informe de esta Junta, la posibilidad ya significada al inicio de este capítulo, en cuanto a la licitación de los contratos menores, y entiende que *«desde una interpretación teológica restrictiva, podría quizá defenderse que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 118.3 LCSP únicamente debería operar en supuestos de*

adjudicación directa en los que no haya habido publicidad ni concurrencia. No obstante, no parece haber sido éste el criterio del legislador». Por lo tanto, aún entendiendo que es una forma no sólo lícita de proceder sino recomendable, no queda exenta de los límites y controles que deben llevarse a cabo en la nueva tramitación de los contratos menores; y recuerda que la propia ley ha previsto una nueva figura —el procedimiento abierto súper simplificado o sumario— para aquellos supuestos en los que, sin llegar a los límites del procedimiento abierto ordinario se superen las cuantías del artículo 118.1 LCSP, ofreciendo de esta manera, una figura intermedia.

5º. La regla de la incompatibilidad y su afectación para los empresarios

Finalmente, se analiza en este Informe, la circunstancia de aquellos pequeños municipios en los que solamente pueda resultar adjudicatario un empresario con el que ya se haya superado el límite económico establecido; y recuerda la posibilidad de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, eso sí, respetando aquellos casos en los que concurra alguna de las razones técnicas recogidas en el art. 168 a) 2º LCSP.

1.2. Expedientes 41/2017 y 42/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁶⁵⁹

Tras el primer informe emitido desde la Junta Consultiva de Aragón, será la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la segunda en pronunciarse para despejar las lagunas que surgen del nuevo artículo 118 LCSP. Este órgano ha emitido los informes 41/2017 y 42/2017 para dar respuesta al asunto que nos ocupa, tras recibir sendas consultas desde dos administraciones locales jienenses:

Desde el Ayuntamiento de Baeza se plantean dos cuestiones; la primera de ellas sobre la necesaria emisión de justificación de no estar alterando el objeto del contrato y que el contratista no haya suscrito más contratos menores que en su conjunto superen los límites señalados en el artículo 118 LCSP. La segunda, respecto a si se trata de un límite absoluto en el tiempo, o si por el contrario debería entenderse referido al ejercicio presupuestario de imputación del crédito, o bien que si se tratara de objetos claramente diferenciados y no periódicos o repetitivos este límite no se aplicaría.

⁶⁵⁹<http://www.hacienda.gob.es>

Por su parte el Ayuntamiento de Andújar plantea las siguientes consultas íntimamente relacionadas con las planteadas previamente por el Ayuntamiento de Baeza. Así, solicita la correcta interpretación de la regla de no haber superado los contratos celebrados con el mismo contratista respecto al límite temporal de aplicación, así como la justificación de la comprobación por parte del órgano de contratación de dicho extremo; y, en base al principio de eficacia y simplificación administrativa plantea la posibilidad de que dicho informe sea realizado por la concejalía proponente e incluso apunta la posibilidad de que el órgano de contratación emita una providencia de inicio.

En respuesta a dichas cuestiones, esta Junta Consultiva toma como punto de partida el artículo 3.1 del Código Civil⁶⁶⁰ al entender que para dar respuesta a las lagunas que genera el precepto, debe articularse una respuesta conjunta y así dar sentido al texto articulado por el legislador, puesto que una interpretación literal del asunto resultaría restrictiva y *«desproporcionada al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado anteriormente y superen el umbral legal»*. Bajo esta premisa, entiende que la pretensión del artículo sometido a análisis es la de limitar la posibilidad de fraude como finalidad última y, por tanto, los límites cuantitativos establecidos se refieren a la prohibición de realizar contratos menores con el mismo contratista siempre que busquen alcanzar una única finalidad.

En cuanto al límite temporal —recordando nuevamente que una interpretación literal resultaría abusiva e ilógica— lo sitúa dentro del artículo 29 LCSP referido a la duración de los contratos menores esto es, un año; e indica que superado este límite anual, nada impediría formalizar un nuevo contrato menor con el mismo contratista, aunque se tratara del mismo objeto contractual. Y entiende que dicho plazo debe computarse desde la aprobación del gasto, puesto que el cómputo por ejercicio presupuestario no respondería a la finalidad pretendida y resultaría *«menos segura jurídicamente»*; y añade que *«debe contarse hacia atrás en el tiempo»*, lo que plantea una nueva incertidumbre dado que el año previo a la entrada en vigor de la ley, la regulación contenida en el TRLCSP, no establecía este límite para el contrato menor, subsanando esta cuestión al señalar en su Expediente 5/2018⁶⁶¹ que si bien el cómputo del año anterior para la comprobación de las condiciones que marca la nueva ley en un contrato menor, no debe interpretarse con

⁶⁶⁰ Art. 3.1 CC: *«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»*.

⁶⁶¹ <http://www.hacienda.gob.es>

carácter retroactivo, sí debe tenerse en cuenta como antecedente necesario. Opción ésta que como veremos, no fue respaldada por el resto de las interpretaciones emitidas posteriormente.

Respecto a la comprobación por parte del Órgano de contratación de los límites marcados en la nueva regulación y la posibilidad de ser realizado por otro órgano; esta opción sólo sería aceptada, según esta Junta, cuando se hayan producido las delegaciones correspondientes. Ahora bien, entiende -y a nuestro modo de ver, de manera correcta- que la emisión de una Providencia de inicio nada tiene que ver con un control de los límites señalados. Y con respecto al modo de efectuar la obligada comprobación apunta que, a pesar de la falta de regulación expresa, sería recomendable dejar constancia documental de dicho exgremio en el expediente de contratación menor.

– Recientemente se ha pronunciado este mismo órgano consultivo, sobre la admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos⁶⁶² en respuesta a una consulta formulada desde la Diputación de Málaga y que traemos aquí, al objeto de completar el análisis de todas las cuestiones que, hasta la publicación del presente manual sean emitidas. La cuestión que se plantea aborda la posible aplicación de esta regulación referida a los contratos menores, también a los contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos; y a los contratos de patrocinio deportivo.

Considerando que dichos contratos se recogen en la nueva ley como *una excepción a la calificación como contratos administrativos de los contratos de servicio que celebran las Administraciones Públicas*⁶⁶³; cuyo régimen jurídico se regula en el artículo 26 LCSP⁶⁶⁴ procede su aplicación en aquellos casos en los que no se superen los límites

⁶⁶² <http://www.hacienda.gob.es>

⁶⁶³ Artículo 25.1 a) 1º LCSP: «1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos: 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6».

⁶⁶⁴ Artículo 26.1 LCSP: «Tendrán la consideración de contratos privados:

a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

establecidos para los contratos menores y concurren el resto de los requisitos que les son propios a este tipo de contratos. La referencia está en la aplicación de las reglas para la preparación de los contratos. En cuanto a la suscripción de contratos de patrocinio con entidades deportivas —no así mediante subvenciones— también serán considerados contratos privados conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 a) LCSP y por tanto también le resultaría de aplicación la regulación recogida en el artículo 118 LCSP en lo que se refiere a la preparación y adjudicación.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de celebrar en este tipo de supuestos un procedimiento negociado sin publicidad, entiende que tal opción debería ser empleada únicamente, en aquellos supuestos en los que la prestación tenga un «carácter único» para no restringir la libre concurrencia de posibles licitadores.

1.3. Informe 1/2018, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid⁶⁶⁵

Planteada la correspondiente consulta por parte de la Directora General de Infraestructuras y Servicios de la Consejería de Educación e Investigación de la Comunidad Autónoma de Madrid; el Secretario General Técnico de dicha Consejería remite consulta a la Junta Consultiva de Contratación de esa Comunidad para aclarar si una vez adjudicado un contrato menor a un empresario, por el importe máximo legalmente establecido, éste podría resultar nuevamente adjudicatario en otros contratos menores con *«objeto contractual distinto o si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación»*.

Por parte de esta Junta Consultiva y, previamente al análisis de la cuestión planteada, se ahonda en otras cuestiones tales como la exigencia de la justificación de no estar alterando el objeto del contrato, la innecesaria formalización de los mismos, su obligada publicación trimestral, etc. Asimismo, se detalla el contenido necesario que deberá formar parte del expediente de todo contrato menor.

c) *Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador»*.

⁶⁶⁵ <http://www.madrid.org>

Entrando en el fondo de la cuestión planteada, el informe se ocupa en primer lugar del análisis del ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad y determina que se ha de atender al tipo de contrato a adjudicar —obras, servicios o suministro—, y que dicha incompatibilidad se producirá siempre que los contratos referidos formen una unidad funcional y su adjudicación se realice de manera sucesiva en el tiempo. Para fundamentar dicha postura, toma como referencia el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (Informe 3/2018 de 13 de febrero), recordando la necesaria labor de planificación que corresponde a los órganos de contratación para restringir el uso de este tipo de contratos y, estableciendo una exigencia adicional referida al celo que deben guardar aquellos al establecer la obligación de comprobación de las reglas dirigidas a evitar que se produzca un fraccionamiento del contrato así como la comprobación referida a la incompatibilidad del contratista de no haber suscrito uno o más contratos menores que hayan superado el límite económico del artículo 118.1 LCSP; extremo sobre el que no entra a recomendar ningún método de comprobación.

Por lo que se refiere al ámbito temporal, nuevamente coincide esta Comisión Permanente con la opinión suscrita por la Junta Consultiva de Aragón, en cuanto a que se ha de atender al ejercicio presupuestario *«con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad»*, en base al límite legal establecido de un año de duración máxima del contrato menor y a que dichos contratos no pueden ser objeto de prórroga⁶⁶⁶.

Finalmente, concluye este informe recordando que *«el contrato menor es un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional»*, y que por tanto, *«no es una figura apropiada para contratar prestaciones que se precisen regularmente o con cierta periodicidad, para lo cual existen otras figuras más apropiadas en la legislación de contratos públicos»*, advertencia esta que, desgraciadamente, parece que aún no ha calado plenamente entre los gestores de la contratación pública.

1.4. Recomendación 1/2018, de 11 de abril, la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Artículo 29.8 LCSP: *«Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga»*.

⁶⁶⁷ <http://www.contratacion.euskadi.eus>

La Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco elaboró en el mes de abril de 2018 una Recomendación sobre ciertas cuestiones significativas, ante la nueva regulación del contrato menor, dirigida a establecer un criterio de actuación uniforme para todos los órganos de contratación de dicha Comunidad Autónoma, vistas las consultas recibidas en la Secretaría General de la Junta Asesora de Contratación Pública del País Vasco, y los pronunciamientos emitidos por la Junta Consultiva de Contratación de Aragón y del Estado.

A lo largo de los seis puntos de esta Recomendación, se viene a plasmar el contenido del artículo 118 LCSP, realizando en cada uno de ellos, interesantes apuntes, como veremos a continuación:

a) En el primero de ellos, al respecto de la obligación de emitir un informe motivado de necesidad de cada propuesta de contratación, apunta que deberá ser imposible desarrollar dichos trabajos por medios propios o incluir en otro contrato ya en vigor en la misma administración, la necesidad referida.

b) Sobre la justificación de no estar alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación, añade esta Recomendación que la misma, -refiriéndose a la justificación- *será elaborada y rubricada por la persona encargada de definir tales tareas y controlar su correcta ejecución*, determinando así quién deberá ser el responsable de tal comprobación cuando el texto se refiere a que *“el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”* y dado que resultaría prácticamente inviable que fuera el propio órgano de contratación quien lo llevase a cabo, deja en manos de la persona encargada o responsable del contrato, realizar dicha comprobación.

c) Respecto a los contratos de tracto sucesivo durante periodos superiores a doce meses, recuerda que estos no se pueden considerar como menores y, por tanto, se deberán agrupar en un solo contrato que se divida en varios lotes, garantizando así la publicidad.

d) Sobre la prohibición de haber suscrito por parte del adjudicatario uno o más contratos menores con el mismo órgano de contratación, que superen las cuantías máximas permitidas en el artículo 118.1 LCSP, entiende que se refiere a cada tipo de contrato y no a su totalidad.

e) En cuanto al límite temporal, al igual que la interpretación de la Junta Consultiva de Aragón, esta Junta Asesora también defiende atender al año o ejercicio presupuestario de la adjudicación, incluso en contratos menores plurianuales, es decir en aquellos

supuestos en los que la ejecución del contrato se realice en dos años, el gasto se computará al primero de ellos.

f) Finalmente, sobre la justificación del cumplimiento del control sobre *la no alteración del objeto del contrato y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que superen las cuantías marcadas*, parece que viene a completar la recomendación del apartado b) proponiendo recoger en una memoria final o en el informe inicial del expediente, el cumplimiento de tales extremos.

1.5. Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión permanente)⁶⁶⁸

El presente informe se plantea con un esquema inicialmente diferente al del resto de los emitidos hasta el momento al abordar en un primer momento una serie de precisiones sobre la redacción del artículo controvertido estableciendo que sus finalidades son las siguientes:

- «– *Evitar el fraccionamiento del objeto del contrato.*
- *Evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas a través de contratos menores, bien por una incorrecta planificación o bien por un mal uso de estos contratos.*
- *Evitar la adjudicación directa de contratos menores de manera reiterada a la misma empresa.»*

La interpretación que esta Junta realizaba sobre las finalidades de la redacción del artículo 118 LCSP iba más allá de la prevención de una división arbitraria del contrato, y destaca la referencia incluida en el artículo a la figura de la empresa y la reiteración de contratos con un mismo contratista. Sostiene que el legislador ha querido vincular voluntaria y conscientemente, la relación entre la prohibición de reiteración de contratos de un mismo tipo, con la adjudicación a un mismo empresario, para que se produzca el necesario juego en el tráfico empresarial, evitando así que en las adjudicaciones de contratos menores no sólo no se incumpla la regla de prohibición de fraccionar el contrato, sino que se permita la participación de diferentes empresarios del sector.

⁶⁶⁸ <http://economia.gencat.cat>

Posteriormente, este Informe entra en los aspectos que, de manera común, son analizados por otras Juntas Consultivas y que pasamos a analizar:

Respecto al **ámbito temporal**, esta Junta ataca al legislador al no señalar plazo alguno para este límite, y deduciendo que de la literalidad del texto podría extenderse la limitación de forma infinita en el tiempo. Sin embargo, dada la falta de lógica de dicha literalidad interpretativa, propone realizar una interpretación restrictiva, acotando dicho límite al correspondiente ejercicio presupuestario -a pesar encontrar criterios para apoyar tanto la interpretación adoptada por la Junta Consultiva del Estado como la de Aragón- y ello porque entiende que *«parece más adecuado para facilitar -e, incluso, permitir- tanto su cumplimiento, como el control de éste»*.

En cuanto al inicio del cómputo de dicho límite, es decir, si se aplica con carácter retroactivo al ejercicio presupuestario de entrada en vigor de la ley —año 2018— o a la fecha de entrada en vigor propiamente dicha de la norma—9 de marzo de 2018— por parte de esta Junta se entiende que será este último criterio el que se deba seguir, puesto que lo contrario, implicaría retrotraer los efectos de la ley a un momento en el que ésta no estaba en vigor.

En cuanto al **ámbito objetivo** de la limitación, en este caso no comparte la interpretación de Aragón, dado que entiende que si la finalidad de la limitación —según lo expuesto anteriormente— es la de evitar la reiteración de contrataciones recurrentes, facilitando así el acceso a un mayor número de empresas de cada sector, no es posible unificar el límite por su tipo; y se atreve a ir más allá al entender que, aunque se tratara de prestaciones con objetos equivalentes, nada impediría realizar una nueva contratación, siempre que las mismas no constituyeran una misma unidad.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que el límite no opere cuando el contrato sea sometido a licitación pública o cuando se soliciten varias ofertas a diferentes empresas, entiende que esta limitación dejaría de tener sentido dado que con estas medidas se adjudicaría el contrato a la mejor oferta al darle publicidad facilitando de igual manera, la libre concurrencia. Este criterio es también el adoptado por el Gobierno de Aragón en el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo⁶⁶⁹; sin embargo, dicha posibilidad no se recoge en la nueva regulación, por lo tanto, no resultaría posible eludir los límites marcados en

⁶⁶⁹ Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía del Gobierno de Aragón.

la misma, ni aun cuando el contrato menor se sometiera a publicidad, tal y como se afirma en el Informe 3/2018, de 13 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, anteriormente analizado.

1.6. Informe 1/2018, de 25 de abril, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia⁶⁷⁰

El informe de la Junta Consultiva de Galicia, agrupa en tres apartados la respuesta a los 11 ítems planteados por el Presidente de la Diputación de La Coruña y que abarcan prácticamente todos los elementos de conflicto que se pueden dar en la interpretación y aplicación del *novedoso* artículo 118.3 LCSP.

Además de las cuestiones de carácter objetivo que también se analizan en los informes y recomendaciones previamente emitidos, y que, *a priori* pueden ser planteados como dudas más evidentes tras la lectura del precepto —como la aplicación por tipo de contrato—, se plantean cuestiones como el significado del artículo al referirse a contratos menores «suscritos» o a si deben computarse también los contratos que, siendo menores, sean licitados.

Es por esto por lo que realizaremos una mención a los aspectos comunes entre esta y otras interpretaciones, —puesto que no es objeto de este estudio reproducir el contenido de estas, sino profundizar en aquellos aspectos propios más destacables— y nos detendremos en las cuestiones singulares y novedosas analizadas en el mismo.

Con respecto a la referencia que hace el artículo a la prohibición de que el contratista no haya suscrito «*más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*», señala esta Junta Consultiva, que dicha limitación se refiere en todo caso, a aquellos contratos menores con el mismo objeto contractual y que además, superen dichas cuantías, por tanto, podrán adjudicarse reiterados contratos menores al mismo contratista siempre que «*estemos ante contratos con objeto distinto*», cuestión esta que extiende también al grupo de empresas o UTE de la que forme parte.

⁶⁷⁰ <https://www.conselleriadefacenda.es>

Dicha circunstancia, aunque menos habitual que la adjudicación a un contratista único, no es para nada desdeñable y toma partido con esta interpretación, dando respuesta a una cuestión que podría dar lugar a cierta confusión; siempre y cuando se acepte la interpretación de la que emana.

En cuanto a la posibilidad de dar publicidad a la contratación, sostiene que el límite no resultaría de aplicación dado que esta publicidad supera las obligaciones de la propia ley y respeta los principios generales del derecho; ahora bien, siempre que ello no suponga llevar a cabo un fraccionamiento irregular del objeto del contrato.

Sobre si la referencia al órgano de contratación encargado de comprobar los límites marcados se refiere a un órgano integrado por varias unidades o si se debería entender referido a cada uno de los órganos que conforman una entidad, esta Junta entiende que se ha de mantener la segunda de las propuestas, en concreto, acude a los considerandos 20 y 25 y al artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE para sostener su postura.

Finalmente, este informe se ocupa de los aspectos temporales en la contratación menor; así, en cuanto a la determinación sobre si este límite debe entenderse referido al año natural o ejercicio presupuestario, o si por el contrario debe referirse a la anualidad correspondiente desde la aprobación del gasto; esta Junta se adhiere a la postura que ya adoptara la Junta Consultiva de Aragón y su homónima de Madrid, defendiendo la aplicación de la limitación temporal al ejercicio presupuestario, teniendo en cuenta la redacción de la enmienda de la que surge este apartado del precepto así como el artículo 101.10 LCSP, sobre el cálculo del valor estimado en contratos de servicios o suministros de carácter periódico o continuado, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado; enlazado con el apartado 4 del mismo precepto que señala la imposibilidad de seleccionar el método del cálculo del valor estimado *«con la intención de substraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que le correspondan»*.

En segundo lugar, este órgano consultivo entiende que, dado que la propia Ley no establece el momento exacto de la comprobación, será suficiente con que la justificación de la motivación de la necesidad del contrato conste con carácter previo a la aprobación del gasto.

En cuanto al momento de aplicación de este límite temporal, este será desde el momento de entrada en vigor de la nueva ley para aquellos casos en los que la aprobación del gasto se efectúe posteriormente al 9 de marzo de 2018; y atenderemos a la legislación

previa para el período anterior, cuando el encargo conste en fecha previa a la indicada, y ello a pesar de que la ejecución se lleve a cabo con posterioridad.

1.7. Recomendación 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sobre Contratos Menores del 21 de junio de 2018 e Informe 1/2018 de la misma Junta Consultiva sobre aspectos concretos de contratos menores, órgano de contratación y publicidad⁶⁷¹

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, manifestó su postura sobre la nueva regulación del contrato menor a través de un Informe y posterior Recomendación, con la finalidad de unificar los distintos pareceres que, hasta la fecha, se habían pronunciado.

Parte la interpretación de esta Junta, recordando el sentido propio de los contratos menores y, haciendo un especial hincapié en su agilidad y simplificación con respecto al resto de procedimientos y, al igual que han hecho otros órganos consultivos, reforzando la idea de que su uso debe ser excepcional.

Entrando en el análisis de las novedades introducidas por la Ley 9/2017, la Junta canaria, da luz de manera muy concisa y clarificadora a las cuestiones más controvertidas, entre las que se indican las siguientes:

-Así, sobre el cómputo del período anual de aplicación, la Junta Consultiva de Canarias, se une a la tesis más defendida por el resto de los informes y recomendaciones emitidos y viene a completarla al recordar que la regla de la anualidad es un principio básico del derecho presupuestario recogido en la Ley de Hacienda Pública Canaria⁶⁷².

Respecto a si dicho plazo debe ser computado desde el 1 de enero de 2018, o desde el 9 de marzo de 2018 —fecha de entrada en vigor de la ley— destaca que esta Junta, al igual que su homónima catalana, defiende la segunda de las opciones, y, por tanto, el primer ejercicio presupuestario desde la entrada en vigor de la nueva ley no será computado de manera íntegra, sino desde la fecha de entrada en vigor de la misma.

⁶⁷¹<http://www.gobiernodecanarias.org>

⁶⁷² Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria.

– En el Informe emitido en respuesta a la consulta formulada por el Consejero de Gobierno de Hacienda y Presidencia del Cabildo de Gran Canaria en cuanto a la aplicación de las limitaciones a cada órgano de contratación jurídicamente diferenciado o a todos los que forman parte de una entidad en su conjunto, se defiende la individualidad de cada uno de ellos, y recuerda la diferencia entre delegación y desconcentración recogida en la LRJSP⁶⁷³, según la cual, mientras que en la primera el órgano delegante conserva la titularidad y por tanto las actuaciones llevadas a cabo por el órgano delegado se entienden hechas por el delegante, en la desconcentración hay un traspaso de la titularidad propiamente dicha y no son atribuibles al delegante sus actuaciones. Por tanto, en respuesta a la cuestión planteada, entiende que nada impide que la obligación de la comprobación del cumplimiento de los límites establecidos en la ley, se lleven a cabo por cada uno de los órganos que actúan por delegación del principal; atribuyéndose, por tanto, la posibilidad de realizar contratos menores hasta los límites indicados por cada uno de ellos.

– Sobre el reconocimiento de los pagos a través de anticipos de caja, señala que, dado que son contratos menores, también deben someterse a este criterio limitativo y no considerarlos exentos de su aplicación.

– Otro aspecto que se ha tratado desde Canarias, es el referido al momento en el que se debe llevar a cabo la publicación de los contratos menores. Nada señala la ley en este sentido, más allá del deber de publicación trimestral, pero para nada resulta desdeñable la consulta planteada desde el Cabildo.

Dado que en este tipo de procedimientos no resulta necesario proceder a la formalización del contrato, se podría entender que la publicación debería realizarse cuando el mismo estuviera ejecutado correctamente; y, por tanto, figure la correspondiente factura en el expediente. Sin embargo, esta Junta al igual que la gallega, acude al Código Civil⁶⁷⁴ para entender que, si bien los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, en el caso de los contratos menores este consentimiento se entiende formulado en la adjudicación, y, por tanto, a partir de este momento empezará a contar el plazo de tres meses para la publicación de estos.

⁶⁷³ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁶⁷⁴ Artículo 1258 del Código Civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

– Finalmente, sobre la posibilidad de someter a licitación los contratos menores, plantea que, si bien nada lo impide, bien podría darse la *«paradoja de utilizar un procedimiento de licitación y no poder adjudicar el contrato a la oferta que resultara seleccionada al tener que impedir obligatoriamente la acumulación de importes mediante contratos menores aplicando la regla incluida en el apartado 3 del artículo 118»*.

Al respecto, y para garantizar la libre concurrencia y la publicidad del procedimiento, al mismo tiempo que se respeta el límite del 118 LCSP; planteamos como solución intermedia la posibilidad de condicionar la adjudicación al licitador que, habiendo presentado la mejor oferta, no supere los límites económicos indicados, dejando a su buen criterio participar o no en la licitación, a sabiendas de las cuantías que ya le han sido asignadas a través de uno o varios contratos menores anteriormente.

1.8. Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura del 18 de mayo de 2018, núm. 1/2018, sobre tramitación de los contratos menores⁶⁷⁵

A solicitud de la Secretaría General la Consejería de Hacienda y Administración Pública de Extremadura, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de dicha Comunidad Autónoma emitió una Recomendación sobre la tramitación de los contratos menores tras la entrada en vigor de la ley 9/2017, *«sin perjuicio de las facultades de los órganos de contratación de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que crezca su cumplimiento»*.

Antes de entrar en el propio cuerpo de la Recomendación, se hace referencia al apartado 3 del artículo 118, así como a los análisis de las Juntas Consultivas de Contratación de Aragón y del Estado. Aborda también la cuestión sobre los pagos mediante anticipos de caja fija, sus excepciones de publicidad y comunicación al registro de contratos del sector público, así como la limitación de la Ley 1/2018, de presupuestos de Extremadura⁶⁷⁶ que reduce la cuantía establecida en la ley estatal para dichos pagos, de 5.000 € a 3.000 €. Finalmente, hace referencia a la utilización especial que se reconoce

⁶⁷⁵ <https://contratacion.gobex.es>

⁶⁷⁶ Ley 1/2018, de 23 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2018.

a las suscripciones a revistas y otras publicaciones en la ley, siempre que su cuantía no llegue a los umbrales establecidos para los contratos SARA.

Por lo que se refiere a la Recomendación propiamente dicha, esta se divide en 12 apartados y 7 anexos que resultan muy clarificadores y sin duda, útiles para todos aquellos que deseen disponer de modelos en la tramitación de los expedientes de contratos menores.

Destaca en esta Recomendación, la tan olvidada necesidad de planificación de la actuación de las administraciones públicas; ya que, si bien, siempre ha debido ser un elemento fundamental en toda organización, con la entrada en vigor de la nueva Ley de contratos, se impone obligatoriamente la necesidad de elaborar un Plan Anual de Contratación por parte de todos los órganos de contratación, así como su publicación en el perfil del contratante, estableciendo, como mínimo, la publicación de aquellos contratos sujetos a regulación armonizada que se prevean licitar por parte de la administración correspondiente. Ahora bien, que la obligación se limite a este tipo de contratos, no impide que no se pueda ir más allá y que dicho Plan recoja también, el resto de los contratos que se prevén licitar con independencia de su cuantía; pudiendo resultar este trabajo de gran utilidad para evitar el uso abusivo de los contratos menores.

Bien es cierto que, en puridad, las adjudicaciones menores deben ser utilizadas en supuestos excepcionales, pero a pesar de ello y aunque la realidad es otra, incluso para estas situaciones puntuales, debería realizarse una mínima planificación previa —dentro de las posibilidades de cada caso— para poder determinar las necesidades a satisfacer y no vernos sorprendidos de manera sucesiva y reiterada por la misma necesidad, pudiendo llegar a incurrir en un fraude de ley al fraccionar el objeto del contrato o llevar a cabo contratos menores en cada anualidad referidos al mismo objeto.

Otra cuestión trascendental a la que se hace mención desde Extremadura es la unidad operativa o funcional de las contrataciones menores; esto es, la necesidad de justificar que no se está alterando el objeto del contrato debiendo tratarse de elementos completamente independientes y diferenciados. Por tanto, una correcta identificación de las necesidades es imprescindible para determinar la existencia o no de una unidad orgánica. Así, llevar a cabo la previsión de una posible reiteración de la prestación, determinar su posible naturaleza común o la falta de autonomía entre las partes, serán indicios de dicha unidad y, por tanto, será imposible separar los elementos de la prestación, suponiendo, en caso de hacerlo, incurrir en un fraccionamiento indebido del objeto del contrato.

Al igual que los informes precedentes, esta recomendación también toma partido en cuanto al ámbito temporal y subjetivo de la ley, optando por la aplicación de la regla de la anualidad presupuestaria, coincidiendo así con la postura adoptada desde la Junta Consultiva de Aragón. Si bien, debemos mencionar la particularidad según la cual, en aquellos supuestos en los que el contrato menor se lleve a cabo en dos ejercicios presupuestarios, esta Junta Consultiva, entiende que el coste se deberá computar a aquel en el que se suscriba el contrato y por la totalidad de su importe.

En cuanto al ámbito subjetivo atribuye al órgano delegado las competencias suficientes para llevar a cabo contrataciones propias, siempre que dichas contrataciones no se hagan de manera descentralizada con la pretensión de llevar a cabo un fraude de ley.

En su séptima recomendación, alude al procedimiento de adjudicación y formalización, e invita a *«promover la concurrencia aún en este tipo de adjudicaciones directas»* señalando que, a pesar de que en la Ley no se exige, podría resultar deseable *«solicitar al menos tres ofertas para importes superiores a los 3.000 € que acrediten la mejor relación calidad precio y la eficiencia en la aplicación de los recursos públicos»*.

En este sentido, hace referencia en el apartado undécimo, a la posibilidad que ofrece la plataforma de contratos del sector público de configurar un contrato menor a través de invitaciones o publicarlo de forma abierta.

Se completa esta exhaustiva Recomendación con un detalle del contenido que debería figurar en todo expediente de contrato menor y como decíamos inicialmente, añade siete Anexos con formularios detallados en los que incluye desde un modelo de informe justificativo de la necesidad, hasta un modelo de Resolución de adjudicación de contrato menor.

1.9. Informes núm. 4/2018 y núm. 8/2018 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana de 15 de junio de 2018⁶⁷⁷

En respuesta a las consultas planteadas por el Ayuntamiento de Xirivella, la Presidencia de la Generalidad Valenciana y por la Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de esta Comunidad Autónoma ante la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma

⁶⁷⁷ <http://www.hisenda.gva.es>

Valenciana, se emiten sendos informes sobre las principales cuestiones controvertidas del artículo 118 LCSP, cuya finalidad es la de lograr que exista cierta uniformidad entre todo el contenido de la ley.

Entrando a valorar los aspectos temporales de aplicación del artículo, esta Junta se detiene a señalar que, a pesar de la falta de concreción del legislador resulta imprescindible que exista un límite temporal de aplicación, y comparte el criterio general de los órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta cuestión y de las que toma como referencia el período anual, más concretamente *«entiende que puede y debe considerarse más adecuado y conveniente al interés general el período correspondiente a cada ejercicio presupuestario para computar los contratos menores adjudicados a un determinado contratista, dado que este criterio se adapta mejor a la diversidad de situaciones que pueden darse en la gestión cotidiana y, además, facilita su comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, rendidas y contabilizadas siempre por ejercicios presupuestarios»*.

Y al contrario que la mayoría de las interpretaciones señala que *«en el caso de que un contrato menor se financie con cargo a créditos de más de un ejercicio presupuestario, deberá tenerse en cuenta la cuantía correspondiente a cada anualidad de forma que el citado límite se cumpla en cada ejercicio presupuestario anual»*.

En cuanto a la clase y objeto del contrato se inclina en su interpretación por el tipo de contrato y sigue la interpretación de la Junta Consultiva del Estado referida a la inaplicación del límite cuando se trate de contratos menores adjudicados al mismo empresario si sus prestaciones son cualitativamente distintas y no forma una unidad. De soslayo también se refiere a la posibilidad de aquellos supuestos de contratos mixtos en los que uno de ellos sea un contrato de obras, y entiende que, en tal caso, deberá aplicarse la regulación para este tipo de contratos recogida en el artículo 18⁶⁷⁸, en cuanto a que las normas a seguir serán las del carácter de la prestación principal.

Sobre la cuestión subjetiva de la limitación, sostiene la postura de que será cada órgano de contratación, -como titular de la competencia, o por delegación o desconcentración- el encargado de comprobar en cada caso, el cumplimiento de los límites establecidos para

⁶⁷⁸ Artículo 18 LCSP. Contratos mixtos.

«1. Para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal».

la adjudicación de contratos menores directos, en el presupuesto que le haya sido asignado.

Finalmente, en cuanto al procedimiento de adjudicación, viene a diferenciar, al igual que lo ha hecho la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, entre los contratos menores sometidos a licitación y aquellos adjudicados de forma directa y entiende que *«la limitación o incompatibilidad del contratista no se produce por la circunstancia de tratarse de contratos menores que conjunta o individualmente alcanzan el umbral del art. 118.1, sino por adjudicarse estos de forma directa o en condiciones de publicidad y concurrencia insuficientes que no se ajustan a los procedimientos previstos en la ley»*; y recuerda la existencia de nuevos procedimientos de adjudicación alternativos al contrato menor así como la obligación de planificación de los poderes adjudicadores.

1.10. Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía del 12 de julio de 2018, núm. 6/2018⁶⁷⁹

Varios han sido los organismos autonómicos que solicitaron a la Comisión Consultiva de Contratación pública de Andalucía que se pronuncie respecto a la interpretación del artículo controvertido, siendo la andaluza, la última en emitir su pronunciamiento. Planteadas sendas cuestiones por parte de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura Pesca y Desarrollo Rural, y el Instituto de Investigación y Formación Agraria y Pesquera; el pronunciamiento de la Comisión andaluza analiza de manera conjunta las cuestiones formuladas y responde lo siguiente respecto al régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista:

En cuanto al ámbito temporal de aplicación del límite establecido en la ley, esta Comisión sigue varias de las interpretaciones analizadas previamente en el presente capítulo, y entiende que la limitación temporal establecida debe referirse al año natural o ejercicio presupuestario en el que se compute el gasto, sin entrar a pronunciarse sobre cuál es su postura con respecto al primer año de entrada en vigor de esta nueva ley.

En segundo lugar, se ocupa del ámbito subjetivo de aplicación, y entiende que ante la existencia de una pluralidad de perfiles de contratante pertenecientes a un mismo órgano o entidad contratante, la limitación debe atribuirse a cada una de las entidades contratantes

⁶⁷⁹ <https://www.juntadeandalucia.es>

de manera autónoma con independencia de que sus competencias sean propias o atribuidas por el órgano principal; cuestión distinta sería que las contrataciones se llevaran a cabo desde diferentes órganos para obtener un objetivo común y evitar someter la contratación a las reglas de publicidad y concurrencia.

Finalmente, respecto a la adjudicación de una pluralidad de contratos al mismo empresario, la Comisión Consultiva andaluza entiende que en tanto en cuanto el objeto de cada uno de los contratos sea cualitativamente diferente y se justifique adecuadamente que no forman parte de una misma unidad funcional de ejecución, se podrán celebrar diferentes contratos menores sin incurrir en fraude.

II. EL CONTRATO MENOR EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS

Durante la elaboración del presente trabajo, se extendió por todo el mundo, la pandemia sanitaria conocida como Coronavirus 2019 (COVID-19)⁶⁸⁰, que afectó a todo el planeta provocando la muerte de millones de personas en todo el mundo⁶⁸¹. Y, aunque las crisis económicas precedentes sufridas a lo largo de la historia no son ninguna novedad para el devenir del hombre⁶⁸², esta enfermedad supuso -y continúa suponiendo- una auténtica disfunción de la sociedad al verse abocados los Estados a adoptar medidas radicales tales como limitar la movilidad, restringir la actividad comercial o establecer el confinamiento obligatorio de sus ciudadanos, lo que trajo consigo, el hundimiento de la economía mundial. Hasta tal punto afectó dicha crisis a toda la sociedad que hubo quienes llegaron a equiparar esta situación con la provocada por el Crack del '29 en Nueva York⁶⁸³, ya que significó el desplome de los mercados bursátiles⁶⁸⁴, la paralización de las actuaciones judiciales y la ralentización de la actividad de las administraciones públicas con carácter general -a excepción de la actividad sanitaria y de seguridad pública- para concentrar todos los esfuerzos en la protección de la salud pública de la ciudadanía con el objetivo de paralizar la propagación del virus y lograr así, su extinción.

En España, fue decretado el Estado de Alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación

⁶⁸⁰ Declaración de la Organización Mundial de la Salud de 11 de marzo de 2020. (SARS-CoV-2: *severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*)

⁶⁸¹ Según indica la propia Organización Mundial de la Salud en “*The impact of COVID-19 on global health goals*”, 21 de mayo de 2021.

⁶⁸² La crisis sufrida en España durante el periodo comprendido entre los años 2008 a 2014, aunque netamente económica, afectó de manera directa a la contratación pública, al igual que la provocada como consecuencia de la COVID-19. Así, las consideraciones manifestadas por Mir Puigpelat, O., al respecto, en “Contratación administrativa en tiempos de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 12, 2009, pp. 107-114, podrían perfectamente estar redactadas al albor de la crisis sanitaria del 2020.

⁶⁸³ “Wall Street ya coloca al Covid-19 entre las mayores crisis de la historia”. Diario El Economista, Carlos Simón García, C., y Gaspar, I., 9 de marzo de 2020.

⁶⁸⁴ Diario Cinco Días: Desplome de la confianza de los inversores de la eurozona por el Covid-19. El índice Sentix alcanza un mínimo histórico de -42,9 puntos. 6 de abril de 2020.

de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19⁶⁸⁵ si bien, previamente, se habían adoptado algunas medidas encaminadas a acotar las consecuencias de la pandemia existente. Nos estamos refiriendo al Real Decreto-ley 6/20, de 10 de marzo de 2020, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública y al Real Decreto-Ley 7/20, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; si bien, como nos recuerda el Prof. ÁLVAREZ GARCÍA, “*existe en nuestro ordenamiento jurídico un verdadero arsenal normativo para hacer frente a las situaciones de crisis sanitarias*”; señalando entre ellas, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP); el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) o el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP); y más allá de estos concretos preceptos, las cláusulas generales que el Legislador ha incorporado a todas ellas para abarcar aquellos supuestos no contemplados expresamente⁶⁸⁶, y otras como la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, que, como señala Prof. ÁLVAREZ GARCÍA, prevé la figura de las “emergencias de interés nacional” (art.28) y la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que instaura la figura de la “situación de interés para la Seguridad Nacional” (art. 23).

Adentrándonos ya, en la materia particular que nos ocupa, el ámbito de la contratación pública no podía mantenerse al margen de las consecuencias sufridas por la situación acaecida, más bien, la realidad ha sido completamente opuesta, ya que se han sucedido un aluvión de regulaciones, informes e interpretaciones al respecto en esta materia; y,

⁶⁸⁵ «BOE» núm. 67, de 14/03/2020.

⁶⁸⁶ Álvarez García, V., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 86-87, 2020, pp. 6-21, en concreto p. 9, “*El legislador ha tenido la precaución de pensar en una solución jurídica para estos supuestos. Ha incluido cláusulas generales en todas las disposiciones legales, que permiten a las autoridades sanitarias adoptar las “medidas necesarias” para luchar contra estas emergencias. Dicen estas leyes que estas autoridades “adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes” o “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas” (art. 26.1 LGS); “cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley” o “cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud pública” (art. 54 LGSP); o “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3 LOMESP). Piénsese en “esas otras medidas necesarias” que ya se han adoptado como el confinamiento de poblaciones enteras en España o de regiones enteras en Italia, por no hablar de todo el país. Nos encontramos aquí en el ámbito de lo que la doctrina ius publicista occidental ha denominado “reglamentos de necesidad”.*”

consecuentemente, se produjo una necesaria adecuación de la actividad contractual a las mismas durante la suspensión de la actividad ordinaria de las administraciones y con posterioridad a la misma, hasta equilibrar la situación, dado que, como nos recuerda el Prof. MIR PUIGPELAT, “*el derecho de la contratación administrativa ha sido sensible tradicionalmente al impacto que circunstancias de crisis excepcionales han podido tener en la economía interna de los contratos suscritos por la Administración, previendo mecanismos destinados a restablecerla y a garantizar la consecución del fin público con ellos perseguido*”⁶⁸⁷.

En cuanto a la finalidad de las medidas de materia contractual adoptadas, como regla general, se dirigieron a cubrir las necesidades de carácter básico e imprescindible generadas ante la pandemia, a través del mecanismo ágil e inmediato recogido en el artículo 120 LCSP, esto es, mediante la tramitación de emergencia de los expedientes, tal y como dispone el artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020⁶⁸⁸ y sus posteriores modificaciones⁶⁸⁹.

Por su parte, más allá de las medidas sanitarias adoptadas, la publicación de la declaración del estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, recogió en su

⁶⁸⁷ Nuevamente, Mir Puigpelat, O., “Contratación administrativa en tiempos de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 12, 2009, pp. 107-114, en concreto p. 108.

⁶⁸⁸ Artículo 16. Contratación.

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

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

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

⁶⁸⁹ Dicho precepto fue modificado por la Disposición Final 6ª del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y, por la Disposición Final 2ª del Real Decreto 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

Disposición Adicional Tercera⁶⁹⁰ la suspensión de los plazos administrativos durante el periodo de duración de la declaración del Estado de Alarma o sus posibles prórrogas, si las hubiera⁶⁹¹.

⁶⁹⁰Disposición adicional tercera. Suspensión de plazos administrativos, modificada por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, cuya redacción final es la siguiente:

1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios.

5. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los procedimientos administrativos en los ámbitos de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social.

6. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

⁶⁹¹ Como finalmente así aconteció en varias ocasiones, concretamente seis fueron las solicitudes de prórroga del estado de alarma solicitado por el Gobierno de la Nación al Congreso de los Diputados:

1ª) Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; y el posterior Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

2ª) Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

3ª) Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

En el plano contractual dicha suspensión se tradujo en la paralización de todas las licitaciones en curso a la fecha de la declaración del Estado de Alarma, tal y como se desprende del criterio emitido por parte de la Subdirección de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado sobre la aplicación del RD 463/2020, a las licitaciones públicas, de 16 de marzo de 2020 *al señalar que “Desde el punto de vista objetivo, la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 alude a suspensión de términos e interrupción de los plazos para la tramitación "de los procedimientos " de las entidades del sector público. Ello engloba procedimientos administrativos sujetos a la LCSP, a la LPAP, a la normativa tributaria y cualesquiera otros procedimientos que, independientemente de su objeto y regulación, puedan tramitar las entidades del sector público”. Y añade que “sería deseable para la correcta aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 que la Plataforma de Contratación del Sector Público actuase conforme a lo que se desprende de la misma. A estos efectos, no parece necesaria la publicación de anuncios de suspensión de términos, plazos o trámites de las licitaciones en curso, pues la suspensión es la regla general y produce efectos automáticos ex lege”;* y cuya respuesta no se hizo esperar ya que, por parte de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica se publicaron el 17 de marzo de 2020, una serie de Instrucciones respecto a la interrupción de plazos para la tramitación de los procedimientos de contratación pública en la Plataforma de Contratación del Sector Pública⁶⁹².

4º) Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

5º) Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

6º) Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

⁶⁹² Instrucciones de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, cuya titular es responsable de la Plataforma de Contratación del Sector Público en nombre de la Dirección General del Patrimonio del Estado, en cuanto a la interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, en virtud de la Disposición adicional tercera 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.

Así mismo, la suspensión de los plazos administrativos durante el periodo de duración de la declaración del Estado de Alarma y sus prorrogas, supuso la imposibilidad de licitar nuevas contrataciones, con la salvedad de todo aquello que resultara necesario para cubrir las necesidades de la emergencia sanitaria declarada y, la suspensión automática de los contratos que en ese momento se estaban ejecutando, siempre y cuando no afectaran a actuaciones necesarias para la lucha contra la enfermedad, -y que serían posteriormente enumeradas en el apartado sexto del artículo 34 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19-, esto es:

-Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

-Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.

-Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.

-Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, se contemplaron algunas salvedades a esta regla general de suspensión automática de los términos y plazos de los procedimientos de las entidades del sector público, en el apartado tercero de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020 que venía a admitir la continuidad de la tramitación de los procedimientos facultando expresamente al órgano competente -como indica la Subdirección de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado⁶⁹³-a acordar, motivadamente, medidas de ordenación e instrucción necesarias para evitar perjuicios graves en los intereses y derechos del interesado del procedimiento, e incluso no suspender plazos cuando el interesado muestre su conformidad. Estas excepciones deberán acordarse de forma casuística y siempre motivadamente, ponderando los intereses en juego y el interés público que subyace en toda contratación. Por su parte, el apartado cuarto de la ya mencionada Disposición Adicional Tercera -modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo- recoge una excepción más a la suspensión de los plazos administrativos

⁶⁹³ Informe del 16 de marzo de 2020, sobre las Excepciones a la regla general de suspensión automática de términos y plazos: medidas de ordenación e instrucción necesarias, conformidad del interesado.

que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Al respecto de todas estas excepciones se pronunció la Junta de Contratación Pública del Estado emitiendo una nota informativa para su correcta interpretación⁶⁹⁴.

Surgió además una controversia en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de los límites y medidas adoptadas por el Real Decreto 463/20, y ello porque el apartado segundo de la Disposición Adicional Segunda del mismo, señalaba expresamente que *“la suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*⁶⁹⁵; en este sentido, la conclusión de la Subdirección de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado es que *“desde el punto de vista de su finalidad, la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 es una medida excepcional, incluida en un Real Decreto que declara el estado de alarma, y cuya finalidad última es preservar la salud humana ante una situación de emergencia sanitaria. No se alcanza a comprender porqué esa finalidad no habría de concurrir respecto de determinados procedimientos, y respecto de determinadas entidades del sector público”*.

Cuestión esta que sería posteriormente aclarada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁶⁹⁶ cuando indica que *la norma antes descrita* - refiriéndose a la Disposición Adicional Tercera del Decreto Ley- *“alcanza a todas las*

⁶⁹⁴ Nota informativa de la Junta de Contratación Pública del Estado de 23 de marzo de 2020: Interpretación de la Disposición adicional tercera 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, en relación con las licitaciones de los contratos públicos.

⁶⁹⁵ Tal y como nos recuerda la Subdirección de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado *el artículo 2 de la Ley 39/2015 define, en su apartado 1, lo que se entiende por sector público, al delimitar el ámbito de aplicación de la Ley, sector público en el que se incluye la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el sector Institucional. En consecuencia, las entidades del sector institucional forman parte del sector público definido en el artículo 2.1 de la Ley 39/2015, al que remite la disposición adicional tercera.2 del Real Decreto 463/2020, a la hora de determinar el ámbito de la suspensión de términos y la interrupción de plazos que impone. Y ello con independencia de las previsiones del artículo 2, apartado 2, de la Ley 39/2015, referidas al alcance de la sujeción de determinadas entidades del sector público institucional a la propia Ley 39/2015.*

⁶⁹⁶ Vid. Nota 695.

licitaciones en curso que estén desarrollando las entidades que forman parte del sector público conforme se define éste en la Ley 39/2015, es decir, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el sector Institucional. Estas últimas se incluyen con independencia de las previsiones del artículo 2, apartado 2, de la Ley 39/2015, referidas al alcance de la sujeción de determinadas entidades del sector público institucional a la propia Ley 39/2015”.

Tras la aprobación del estado de alarma mediante el anteriormente comentado Real Decreto 346/2020, la siguiente norma publicada, con una importante regulación en materia contractual fue el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En particular, fueron dos de los preceptos de esta norma, los que se ocuparon de cuestiones referidas a la contratación pública; concretamente el artículo 34⁶⁹⁷ y la Disposición final sexta⁶⁹⁸.

Sin duda será el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 el que mayor contenido aporte a las obligaciones en materia contractual durante el periodo de duración de la declaración del estado de alarma. Podemos dividir su contenido en cuatro partes, atendiendo al tipo de contrato.

⁶⁹⁷ Modificado por la Disposición final primera del 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.

⁶⁹⁸ Que vino a modificar 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 en los siguientes términos:

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

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

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

En primer lugar, se ocupaba de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor del propio Real Decreto-ley, cuya ejecución deviniera imposible como consecuencia del COVID-19; reconociendo su suspensión automática, desde que se produjera la situación de hecho que impidió su prestación y hasta que dicha prestación pudiera reanudarse. Reconociendo en tales casos, la obligación de la administración contratante a abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista durante el periodo de suspensión; si bien, se exigía su solicitud previa y acreditación fehaciente, y se contemplaban únicamente, cuatro posibles supuestos⁶⁹⁹.

A continuación, contemplaba para estos contratos -contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva- la aplicación de la prórroga forzosa establecida en el artículo 29.4 LCSP, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantizara la continuidad de la prestación a causa de la paralización de los procedimientos de contratación como consecuencia de la declaración del estado de alarma 19, y no pudiera formalizarse un nuevo contrato.

Continúa el precepto analizando los supuestos en que los contratos públicos de servicios y de suministros distintos de los anteriores, y siempre que no hayan perdido su finalidad como consecuencia de la situación de emergencia declarada; podrían solicitar a la administración contratante, y esta concederles, la ampliación del plazo de ejecución inicial -si este devino imposible- a la terminación del contrato, al menos, por el mismo tiempo perdido, declarando que por tales incumplimientos no procede la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

⁶⁹⁹ *Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:*

1. Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

2. Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al periodo de suspensión del contrato.

3. Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

4. Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

En segundo lugar, el mencionado artículo 34 RD 8/2020, se ocupa de los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, reconociendo como el apartado anterior, su suspensión automática, cuando su ejecución resultara imposible como consecuencia de la declaración del estado de alarma; así como la posibilidad de implementar el tiempo perdido tras el levantamiento de la suspensión y el derecho a la indemnización y al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos, previa solicitud expresa y justificación fehaciente de los mismos con dos condiciones:

“– Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

– Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020”.

Además, con carácter general para los dos primeros apartados de este artículo 34 RD 8/2020, se incorporó un último apartado con los supuestos excluidos en todo caso, de aplicación⁷⁰⁰.

En tercer lugar, se ocupa el precepto de los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley; reconociendo igualmente al concesionario, el derecho del restablecimiento del equilibrio económico del contrato⁷⁰¹, así como la ampliación de su duración inicial hasta un máximo

⁷⁰⁰Artículo 34.6. *Lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:*

a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.

c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.

d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

⁷⁰¹ *Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales*

de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. De igual manera que en los supuestos anteriores, el órgano de contratación deberá apreciar dicha imposibilidad a instancia del contratista.

Finalmente, se ocupa el precepto de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, para señalar que también será de aplicación a los mismos lo dispuesto en este precepto.

Sin embargo, a pesar de lo detallado que pudiera parecer este precepto, suscitó numerosas controversias que debieron ser corregidas en posteriores reales decretos, y que fueron objeto de aclaración por parte de la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado⁷⁰² el cual resultó de gran valía para clarificar numerosas lagunas e interpretaciones erróneas del precepto y, a pesar de no ser este estudio el lugar oportuno para profundizar más detenidamente en el mismo, recomendamos su lectura y análisis dada la calidad del mismo.

Por lo que se refiere al alcance de esta situación sobre la materia de estudio que nos ocupa, es decir, los contratos menores, la Abogacía General del Estado publicó una nota sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 a los contratos menores⁷⁰³, en la que se plantea *si la ampliación*

salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

⁷⁰² Consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, emitida por la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado, de 19 de marzo de 2020.

⁷⁰³ Nota sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 a los contratos menores.

El artículo 34.2 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, dispone lo siguiente:

“2. En los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector

del plazo de ejecución o la prórroga previstas en el precepto parcialmente transcrito, - esto es, el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19- resultan aplicables a los contratos menores, dado que éstos tienen un plazo máximo de duración máxima de un año, sin posibilidad de prórroga, conforme al artículo 29.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El órgano de contratación le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista, sino que se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato. (...)

Se plantea si la ampliación del plazo de ejecución o la prórroga prevista en el precepto parcialmente transcrito resultan aplicables a los contratos menores, dado que éstos tienen un plazo máximo de duración máxima de un año, sin posibilidad de prórroga, conforme al artículo 29.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Se aprecia fundamento jurídico para concluir en sentido afirmativo, es decir, para entender que las previsiones del artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 resultan aplicables a los contratos menores, y ello por los siguientes motivos:

- El artículo 34 de continua referencia no distingue ni excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos menores.
- El Real Decreto-ley 8/2020 tiene el mismo rango legal que la LCSP, pero constituye una norma singular o excepcional, por el contexto de emergencia sanitaria en el que se dicta, cuyo contenido ha de prevalecer sobre la regulación del artículo 118 de la LCSP.
- La finalidad que persigue el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 (facilitar el cumplimiento del contratista que, en los contratos no afectados por la suspensión automática regulada en el apartado anterior, incurra en retraso en la ejecución como consecuencia del COVID-19), concurre también en los contratos menores.

Una vez acreditado que el retraso no es imputable al contratista sino al COVID-19, el precepto impone ex lege, por razones de interés general, la prórroga o ampliación del plazo de ejecución, sin imposición de penalidades al contratista y sin posibilidad de apreciar causa de resolución.

Se trata de una norma especial aplicable, sin exclusiones, a todos los contratos no suspendidos conforme al artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020 y cuya ejecución quede afectada por el COVID-19, debiendo entenderse también aplicable, por las razones expuestas, a los contratos menores.

Al respecto, la Abogacía General del Estado, sostiene que la norma referida, de carácter especial, resulta aplicable a todos los contratos no suspendidos por la misma y, por tanto, puesto que nada se señala de manera particular sobre los contratos menores, estos también resultan suspendidos. Así mismo, dado el carácter excepcional de la situación que ha llevado a declarar el Estado de Alarma y a pesar de que tanto el Real Decreto-ley 8/2020, como la LCSP tienen el mismo rango legal, ha de prevalecer aquel sobre esta, en tanto en cuanto, así se establece en el contexto de emergencia sanitaria en el que ha sido dictado.

Finalmente, puesto que la situación que da lugar a la elaboración de dicho Real Decreto-ley y, por tanto, la suspensión del contrato no nace de la voluntad del contratista, tampoco resulta imputable al mismo el retraso en la ejecución de los trabajos. Por lo tanto, en los contratos menores -al igual que en el resto de los procedimientos- se debe aplicar la ampliación del plazo de ejecución sin imposición de penalidades al contratista y sin posibilidad de apreciar causa de resolución de este al menos, -según entiende quien suscribe- durante el tiempo de la suspensión o hasta la finalización de la ejecución del contrato.

A pesar de todas estas medidas que con carácter general se adoptaron para las normas contractuales y que también resultaron de aplicación a la contratación menor; debemos poner de manifiesto que en España no se tomó ninguna medida con carácter particular para la flexibilización de las compras dentro del marco del Artículo 118 LCSP, al contrario de lo que se hizo en otros países europeos, tal y como hemos analizado en el Capítulo IV de este trabajo.

Así, mientras que Portugal aprobó un régimen particular para la autorización de compras y gastos relacionados directamente con la pandemia mediante la aprobación de un régimen excepcional del procedimiento de adjudicación directa simplificada⁷⁰⁴; incrementando las cuantías por las que se permiten llevar a cabo las contrataciones directas en el país luso y eliminando la obligación de la rotación del contratista ya que, concretamente, en materia sanitaria durante la etapa pandémica, los posibles proveedores eran muy limitados y esta exigencia hubiera supuesto la imposibilidad de adquirir dicho

⁷⁰⁴ A través del Decreto-ley nº 10-A/2020, de 13 de marzo. Diário da República nº 52/2020, 1^{er} Suplemento, Serie 1 de 13 de marzo de 2020.

material; Italia por su parte, aprobó el Decreto Semplificazioni⁷⁰⁵, cuyo objetivo principal fue la reducción de los trámites burocráticos mediante la suspensión de la norma contractual para impulsar las inversiones y estimular la economía del país tras la epidemia de la COVID-19; y cuya vigencia continuará en vigor, al menos, hasta el 30 de junio de 2023⁷⁰⁶. Finalmente, Francia también adoptó medidas de carácter particular elevando de manera temporal el umbral económico de exención del procedimiento para los contratos públicos no sometidos a publicidad ni concurso previo con la aprobación del Decreto n° 2020-893, de 22 de julio de 2020⁷⁰⁷.

Con todo ello, bien pudiera parecer que durante el tiempo de crisis debido a la pandemia sanitaria, ha existido una lucha en el derecho contractual entre los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* defendido en el derecho contractual. Si bien es cierto que no cabe ninguna duda -como el artículo 1258 del Código Civil⁷⁰⁸ señala- que los acuerdos han de ser cumplidos en los términos en que se hubieran acordado por las partes; no es menos cierto que la cláusula *rebus sic stantibus* tiene como finalidad adecuar los pactos a la realidad que pueda sucederse durante su cumplimiento, siempre que ello no sea provocado voluntariamente por una de las partes⁷⁰⁹, como nos recuerda el Prof.

⁷⁰⁵ Publicado en la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Decreto-Legge 16 luglio 2020, n.76; y posteriormente convertido en ley a través de la Legge 11 settembre 2020, n. 120. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (*Decreto Semplificazioni*). Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 228 de 14 settembre 2020.

⁷⁰⁶ Vid. nota 618.

⁷⁰⁷ Décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires.

⁷⁰⁸ Artículo 1258 CC: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

⁷⁰⁹ En palabras del Profesor Lasarte, *en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual, habría de concluirse que el contrato no vincula a las partes o que, por lo menos, no les obliga más que adecuándolo, de forma necesaria, a las circunstancias coetáneas al momento de ejecución o cumplimiento de las respectivas prestaciones. Con ello se evitarían consecuencias notoriamente injustas que resultan repelentes para el jurista y se permitiría una constante adecuación de los acuerdos contractuales pactados al principio general de la buena fe que el ordenamiento jurídico coloca como pilar fundamental del tráfico jurídico-patrimonial*. Las incidencias contractuales y la cláusula Rebus Sic stantibus. Lasarte Álvarez, C., El blog de Registradores de España.

LASARTE ÁLVAREZ⁷¹⁰: “La reiteradísima jurisprudencia española sobre el particular exige —acaso con un punto de rigor excesivo— que se den las circunstancias o requisitos siguientes para que quepa la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

1. *Que entre las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato y las concurrentes en el momento de su cumplimiento o ejecución se haya producido una alteración extraordinaria.*

2. *Que, a consecuencia de dicha alteración, resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas.*

3. *Que no exista otro medio (jurídicamente hablando) de remediar el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones.*

4. *Que las nuevas circunstancias fueran imprevisibles para las partes en el momento de celebración.*

5. *Que quien alegue la cláusula *rebus sic stantibus* tenga buena fe y carezca de culpa (cfr. SSTTS de 19 de abril 1985, 27 de junio 1984 y 9 de mayo de 1983)”.*

Ahora bien, en la situación de crisis sanitaria que trajo consigo numerosos incumplimientos de los contratos celebrados por las administraciones públicas, debiera primar la buena fe por parte de todos los implicados, esto es, por un lado, en cuanto a las administraciones, que debieran ser diligentes en la flexibilización de las exigencias imputables al contratista y establecidas en el contrato formalizado; y también, por parte de los empresarios, para no demorar su ejecución tras el levantamiento de la suspensión de la ejecución de los trabajos ni incurrir en un aprovechamiento fraudulento en las reclamaciones reconocidas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

Como señalábamos al comienzo de nuestra exposición, la publicación de normas durante este periodo de 99 días transcurrido entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020, fue realmente fecunda, sin embargo, queremos ocuparnos en este punto de aquellas cuestiones que, como hasta ahora hemos venido señalando, afectaron al procedimiento objeto de nuestro estudio.

⁷¹⁰ “Las incidencias contractuales y la cláusula *Rebus Sic stantibus*”. Lasarte Álvarez, C., El blog de Registradores de España, 2018.

Así, aunque la Nota publicada por la Abogacía del Estado⁷¹¹ -referida de manera particular al contrato menor- clarifica numerosas cuestiones al respecto, posteriormente se publicó un nuevo informe de la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado⁷¹² sobre cómo actuar en materia contractual tras el levantamiento de la suspensión que entendemos, también afecta a los contratos de adjudicación directa.

La controversia subyace del mal uso del lenguaje empleado por el legislador en el propio RD 463/2020, en cuanto a los conceptos de “suspensión” e “interrupción” utilizados como título de la Disposición Adicional Tercera, “*Suspensión de plazos administrativos*”, mientras que en el cuerpo de la misma confunde al señalar que “*Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos ...*”, pudiendo haber provocado esta disfunción en los términos empleados, futuros recursos por parte de los interesados, ahora ya evitados gracias a la aclaración realizada en el Informe referido.

Por tanto, como bien recuerda la Abogacía del Estado *la suspensión de un plazo implica que el mismo se detiene, se “congela en el tiempo” en un momento determinado debido al surgimiento de algún obstáculo o causa legal, reanudándose, cuando dicho obstáculo o causa ha desaparecido, en el mismo estado en el que quedó cuando se produjo la suspensión; mientras que por el contrario, en los casos en los que legalmente está prevista la “interrupción” de un plazo, una vez que tiene lugar el acto interruptivo, el plazo vuelve a contar desde cero, volviendo a nacer en toda su extensión y quedando sin efecto el tiempo del plazo hasta entonces transcurrido.*

La interpretación de la Abogacía del Estado se basa en *dar prioridad a la expresión contenida en la rúbrica del mismo y entender que se está ante un supuesto de suspensión de plazos procedimentales, y no de interrupción, lo que viene corroborado por lo establecido en el segundo inciso del precepto, que establece que “El cómputo de los plazos se reanudará ...”.*

Así mismo, también llega a esa conclusión atendiendo a *un punto de vista técnico jurídico, puesto que los plazos procedimentales –y de igual modo los procesales- tienen*

⁷¹¹ Vid. nota 703.

⁷¹² Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la Disposición Adicional Tercera. Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado, de 20 de marzo de 2020.

la consideración de “cargas”, es decir, implican conductas de realización facultativa que la norma o el juez requieren de los litigantes o de los interesados en el procedimiento, normalmente establecidas en interés de los propios sujetos, cuya omisión por parte de éstos conlleva una consecuencia gravosa para ellos.

Esta misma interpretación debe hacerse a todos los contratos menores que en el momento de la declaración del estado de alarma se encontraran en fase de ejecución e incluso a aquellos que, conforme a la regulación propia de la Administración contratante se encontraran sometidos a licitación pública.

Determinando que, por ello, es razonable concluir que el sentido del apartado 1 de la disposición adicional 3ª del RD 463/2020 es el de establecer que los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”. Dado que, como ha quedado dicho, se está en presencia de cargas para los interesados, éstos tuvieron la facultad de cumplimentar el trámite de que se tratara antes de la declaración del estado de alarma, y esos días que dejaron pasar no se recuperan ya, sin perjuicio de que, cuando acabe dicho estado excepcional, vuelvan a tener la posibilidad de cumplimentar el trámite en el tiempo que les restare antes de la expiración del plazo.

Por tanto, en el supuesto de contratos y licitaciones en vigor suspendidos por la declaración del estado de alarma, la reanudación de la actividad administrativa conlleva la continuación de los plazos en el mismo momento en que se suspendieron, con independencia del mejor o peor aprovechamiento realizados por parte de los interesados, y ello porque, obrar de otra manera, implicaría un perjuicio para quien había actuado diligentemente favoreciendo injustificadamente a sus oponentes.

Para finalizar con esta cuestión, debemos añadir que la OIRESCON ha publicado un informe especial sobre la publicidad de los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma derivado del COVID-19⁷¹³, en el que destaca que la elección de contratación más frecuente durante este tiempo fue la del procedimiento negociado sin publicidad incluso en aquellos casos en los que se hubieran podido tramitar las

⁷¹³ “Informe especial sobre la publicidad de los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma derivado del COVID-19”, OIRESCON, última actualización, 23 de junio de 2020, p. 32.

contrataciones como contrato menor e incluso en aquellos contratos exentos de la obligación de publicar por un sistema pago de anticipo de caja fija⁷¹⁴; y cuya crítica reitera en un informe posterior, recientemente publicado sobre los contratos tramitados por vía de emergencia⁷¹⁵, en el que vuelve a incidir en que, existiendo la posibilidad de tramitar los contratos a través del procedimiento menor, los órganos de contratación parecen haber optado preferiblemente por el uso del procedimientos negociado sin publicidad; por lo que las conclusiones de este informe, nos vuelven a reforzar en la idea defendida en este trabajo, que no es otra que el empleo de las herramientas que el legislador pone a nuestra disposición, -estando mejor o peor elaboradas- dependen del buen hacer del gestor público para que su uso resulte ajustado a las normas; tanto es así, que según señala la OIRESCON, durante este periodo de tiempo señalado y, existiendo la posibilidad de tramitar los contratos a través del procedimiento menor, vemos cómo los órganos de contratación parecen haber optado preferiblemente por el uso del procedimientos negociado sin publicidad.

⁷¹⁴ “*Sigue destacando la elección del procedimiento negociado sin publicidad como la opción más frecuente del órgano de contratación para publicar los contratos tramitados por emergencia, 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)*”. “Informe especial sobre la publicidad de los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma derivado del COVID-19”, OIRESCON, última actualización, 23 de junio de 2020, p. 32.

⁷¹⁵ “Informe especial de supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia”, OIRESCON, Marzo 2021, pp. 63-64.