

# Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

---

**Mario Garcés Sanagustín**

Interventor y Auditor del Estado

Inspector de Hacienda del Estado

## RESUMEN

Tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, se han introducido importantes limitaciones cuantitativas y procedimentales a la categoría jurídica de los contratos menores, con la finalidad de reducir los posibles fraudes que su celebración ha podido provocar hasta este momento. El artículo propone una reflexión sobre la naturaleza de estos contratos y la finalidad que perseguían inicialmente, con el objetivo de formular un equilibrio entre los principios de simplificación administrativa y eficacia, y los principios de transparencia y lucha contra la corrupción. Adicionalmente, se destacan los principales cambios de régimen jurídico que se han establecido, así como las diferentes interpretaciones llevadas a cabo por los órganos consultivos de este país respecto al alcance material y temporal de la nueva regulación. Por último, y en línea con las modificaciones normativas recientes, se ha reforzado el régimen de publicidad y rendición de información de estos contratos, como pieza de cierre para facilitar el control interno y externo y para prestar información, en general, a los ciudadanos que la demandan.

**PALABRAS CLAVE:** contratos menores, concurrencia, fraccionamiento, expediente de contratación, publicidad.

## ABSTRACT

*The new Law of Contracts of the Public Sector includes several limitations, not only quantitative restrictions but also procedural rules, that affect the category of*

*the minor contracts, in order to reduce eventual deficiencies and to remove theoretical possibility to commit fraud. This scientific paper presents a analysis about the legal nature of these contracts and the purpose that this contractual type looked for at the beginning, with the main aim to conclude that it is necessary a balance between, on the one hand, administrative simplification and efficiency, and on the other, information transparency and fight against corruption. Additionally, this paper describes most important changes that the new Law has established, as well as the different interpretations formulated by the spanish consultative bodies regarding the material and temporary scope of the new regulation. Finally, in line with recent modifications, the new legal regime reinforces the transparency and information duties, in order to facilitate internal and external control and, anyway, to give information to the citizens who demand it.*

**KEYWORDS:** *minor contracts, free concurrence, splitting of contracts, procurement record, transparency.*

## 1. INTRODUCCIÓN: LOS CONTRATOS MENORES, UNA CUESTIÓN NO MENOR

A lo largo de los últimos años se ha extendido cierto estigma en relación con la necesidad y la bondad de los contratos menores en nuestro sistema general de provisión de servicios públicos, toda vez que se ha conectado a este género de contratos la sospecha de fraccionamiento contractual o de clientelismo. No son atinadas las afirmaciones apriorísticas de este tipo, pues adulteran el origen y la finalidad misma de esta categoría de contratos. Los contratos menores surgieron en su momento con el objetivo natural de mejorar en la simplificación y agilización de aquellas actividades (obras, servicios y suministros) que, por razón de su importe, demandaban una gestión más rápida. El mismo límite cuantitativo de los contratos minoraba el riesgo de fraude o de daño, pues el contrato menor siempre ha estado vinculado a la cuantía de la prestación. No en vano, así se ha expresado recurrentemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA), de modo que, según el informe 13/1996, de 7 de marzo, por todos, la ordenación jurídica de los contratos menores tiene como objetivo «la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación».

Paradójicamente, de constituirse en una figura contractual fundamentada en razones de agilidad y presteza administrativa, hemos pasado a considerarla una especie de invitación a la corrupción, más por imaginario colectivo o por la existencia de algún pronunciamiento judicial, que por una razón empírica y objetiva. Es más, no faltan casos en que los contratos menores han sido con-

secuencia de las propias dificultades diamantes de la gestión presupuestaria en los últimos años, de modo que las restricciones, los acuerdos de no disponibilidad o, incluso, los ejercicios presupuestarios inferiores a un año o con presupuesto prorrogado han restringido al máximo la posibilidad de llevar a cabo una gestión ordinaria de los recursos económicos del presupuesto público. Así, muchas veces el contrato menor no surge de una voluntad mendaz del órgano de contratación sino de la pura necesidad, habida cuenta de cómo han ido avanzando las decisiones relativas a la aprobación del presupuesto y su ejecución. Nada es ajeno a la gestión pública del presupuesto y, menos, los tiempos del ciclo presupuestario y bien debería hacerse un análisis neutral de los costes y efectos que la heterodoxia del ciclo presupuestario ha provocado en nuestros gestores públicos en los últimos diez años.

El debate político previo a la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) gravitó en determinados momentos en torno a esta figura y en torno a sus aparentes abusos. La corrupción en la contratación pública, de manera general, no ha estado presente en el expediente administrativo sino que ha sido generada en el extrarradio del mismo, de modo que las grandes causas judiciales en las que se han detectado supuestos de prevaricación o cohecho, llevan a que existan pruebas de concertación en la elaboración del expediente administrativo o en su ejecución, circunstancia esta que, de manera general, no se advierte en los contratos menores. El debate político, empero, ha llevado a situar en el núcleo de la discusión la figura de los contratos menores, consecuencia, una vez más, de la ruptura de ciertos equilibrios que deben regir el funcionamiento de sistemas administrativos liberales.

De hecho, no sólo en este ámbito, sino en otros anudados a la gestión pública, la ruptura de los equilibrios está debilitando, si no paralizando el funcionamiento de determinados servicios. Es un equilibrio inestable que siempre ha existido entre la gestión y el control, entre las responsabilidades administrativas y las responsabilidades penales, que, a fuerza de no encontrar mecanismos de respuesta proporcionales, ha reventado la armonía misma del sistema. El hecho de que cualquier contravención, o al menos muchas de ellas, del ordenamiento jurídico contractual haya dado lugar a la exigencia de responsabilidades penales, ante hechos y circunstancias que anteriormente no la concitaban, demuestra que se ha producido un desplazamiento del vector judicial sobre el vector de corrección administrativa. Y en este punto hay que destacar, por

necesario, que las organizaciones se construyen sobre la base de equilibrios y no desequilibrios, y que lo que nació para dar agilidad a la provisión pública de bienes y servicios no puede convertirse automáticamente en una insinuación apodíctica de comisión de un delito. Recuperar el equilibrio y restablecer los contrapesos, incluso en la determinación del régimen de responsabilidades, se convierte en una necesidad urgente si aspiramos a mantener una organización y un funcionamiento eficaz y eficiente.

Inferir que, de manera general, los contratos menores se llevan a cabo deliberadamente con intención de orillar el procedimiento general de contratación, mediante un fraccionamiento torpe y consciente del objeto del contrato, es una falsedad. Porque, por un lado, existen contratos menores que por razón de su objeto e importe, y porque se concluyen en su plenitud en la misma ejecución sin que haya tracto sucesivo, no dan ni pueden dar lugar a ningún fraccionamiento. En segundo lugar, porque en ocasiones el contrato menor deriva de una falta de planificación temporal en la contratación o en las restricciones impuestas por el régimen de autorizaciones de los responsables de la gestión de la Hacienda pública en cada Administración, abocando en último extremo a esta técnica para salvar la continuidad de los servicios que se prestan o de los suministros que se proveen. Incluso hay supuestos en los que el fraccionamiento viene provocado por la imprevisibilidad de la existencia de recursos en anualidades diferentes, en los supuestos en que se financie con cargo a ayudas, determinadas obras, equipamientos o servicios (STSJ de Andalucía de Sevilla de 15 de octubre de 2001, en un supuesto en el que la obra se dividió en cuatro fases para adaptarlas a los programas de subvención finalista de una Diputación Provincial). Otro supuesto que ha provocado un reproche penal por el TS ha sido el de la condena a un alcalde, al Interventor y al arquitecto contratado sucesivamente con contratos menores, circunstancia esta que no ha sido única en una situación de congelación del proceso de incorporación de nuevos empleados públicos durante la crisis económica (STS de 1 de julio de 2015).

Solo en supuestos nítidos e irrefutables, cabe calificar la gestión de los contratos menores como fraudulenta, basada en el fraccionamiento consentido del objeto del contrato. A este fin, conviene invocar la doctrina del profesor MORENO MOLINA, según el cual la utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación, violentando la jurisprudencia

comunitaria en la materia (sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GMBH). Además, no debe ignorarse que el procedimiento usual de gestión de los contratos menores es a través del procedimiento de anticipo de Caja Fija, una técnica simplificada de gestión que, en consonancia con su objetivo, limita a la mínima expresión el expediente administrativo, cubriendo el trámite genéricamente con una mera factura. Y en relación con una posible planificación deficiente, qué decir tiene que en la base de la misma está otro debate de mayor envergadura como es el del correcto dimensionamiento de los servicios públicos, tanto en términos cuantitativos como en el plano cualitativo. La insuficiencia de medios personales y materiales en muchos centros de gestión, a consecuencia de la misma rigidez de la organización administrativa y de las dificultades de reposición de efectivos, es un aspecto que debería ser también valorado por los órganos de control, porque es raíz de muchos de los problemas que acucian a nuestra Administración. La grave desproporción de recursos que existen entre unas unidades y otras es una invitación, inconsciente, pero al fin y al cabo invitación, a que en muchos servicios no se lleven a cabo las funciones de la forma más adecuada y eficiente.

Por último, las incertidumbres generadas por la redacción del artículo 118 de la LCSP, con carácter previo a su entrada en vigor, provocaron que se incrementaran en el primer trimestre en muchas Administraciones Públicas hasta en un cincuenta por ciento la celebración de contratos menores. Una paradoja, sin duda, que allí donde se pretendía explorar vías para contrarrestar el efecto aparentemente nocivo de los contratos menores, por efecto legislativo de llamada, se haya concentrado un incremento significativo de contratos menores con carácter previo a que la LCSP surtiera sus consecuencias jurídicas plenas.

## **2. NATURALEZA Y OBJETO DE LOS CONTRATOS MENORES**

El contrato menor, a la vista de lo establecido en el artículo 131 de la LCSP, es uno de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, a partir del cual podrá 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», precepto que regula de manera específica el expediente de contratación en contratos menores. Desde una mera perspectiva de técnica legislativa, no existen variaciones respecto

al artículo 138.3 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) que configuraba el contrato menor también como un procedimiento de adjudicación de las Administraciones Públicas y remitía al correlativo artículo 111 para definir los elementos determinantes del expediente de contratación.

Por su propia naturaleza, es un procedimiento ínsitamente extraordinario, basado en el importe, puesto que limita objetivamente las condiciones de libre concurrencia y publicidad que definen las licitaciones en el Derecho comunitario y nacional. No en vano, una de las novedades de la LCSP es su artículo 132, que más que una norma dispositiva, se antoja una declaración de principios, cuando proclama en su apartado segundo que «la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios», para concluir en el apartado tercero que «los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguardia de la competencia». En un plano estrictamente doctrinal, recuérdese que los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en fundamentos comunitarios (Sentencia de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89) y constitucionales, tienen carácter transversal y prevalecen sobre cualquier otra función propia de la contratación pública. De hecho, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias (entre otras, STS de 22 de septiembre de 1988) ha venido a reconocer el carácter implícitamente normativo de estas reglas, y no un carácter sedicentemente interpretativo. Como técnica extraordinaria, y en línea con el pronunciamiento de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, la utilización del contrato menor debe ser objeto de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, una fórmula eficaz para el órgano de contratación con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos. Una actuación administrativa contraria a literalidad y el ánimo de la norma es susceptible de ser calificada como fraude de ley, provocando la nulidad de pleno derecho por fraccionamiento irregular del contrato (Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 106/2000, de 25 de julio y del STSJ del País Vasco de 22 de septiembre de 2006).

Como resultado de las pulsiones políticas que concurrieron en el proceso de elaboración de la norma, la figura de los contratos menores ha experimentado importantes modificaciones que han llevado a la minoración del importe para la determinación del contrato menor, la limitación de su ámbito objetivo, y un aumento de las condiciones que debe reunir el expediente de contratación en estos contratos, amén de mayores exigencias de publicidad y transparencia. Desde este ángulo, no parece, por extraordinario, que con esta nueva configuración legal, se dé cumplimiento al compromiso expositivo del Preámbulo de la Ley cuando se invoca a la necesaria simplificación, con el fin de «imponer menos burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación». En lo que atañe a su entrada en vigor, la nueva regulación positiva de los contratos menores incorporada a la LCSP afectará a los que se celebren a partir del 9 de marzo de 2018, todo ello de conformidad con lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP y según lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del Código Civil.

A efectos de su delimitación, son contratos menores, a los efectos previstos en el artículo 118 de la LCSP, «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», de manera que, como primera conclusión, quedan limitados los contratos menores a los de obras, de suministro y de servicios y por un importe aproximadamente un veinte por ciento inferior al previsto en la legislación derogada, producto del debate político sobre la eventual fraudulencia de estos contratos y su limitación. Por otro lado, y como complemento al umbral cuantitativo, y a pesar de que no es un requisito expresamente recogido en la LCSP ni en las normas precedentes, los informes de las diferentes Juntas Consultivas y de los Órganos de control externo e interno, limitan el uso de esta figura a la cobertura de necesidades esporádicas, puntuales, concretas, definidas o urgentes.

Hay una excepción general al modelo de definición por razón de importe de los contratos menores y son las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y a la suscripción a publicaciones, previstas en la disposición adicional novena de la

LCSP, a tenor de cuyo apartado primero «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 adquisición 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. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que fijen estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o a la realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado». Esta singularidad encuentra razón en las especialidades de este tipo de mercado, que acaba convirtiendo a las Administraciones en meros suscriptores de un cuasi-contrato de adhesión, fundamentalmente en el caso de bases de datos extranjeras. Excepciones diferentes por naturaleza y objeto contiene el artículo 131.3 de la LCSP para los contratos de servicios sanitarios de urgencia, y el artículo 310 de la LCSP para 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 se realicen por personas físicas, en cuyo caso para acreditar la existencia del contrato basta la designación o nombramiento por autoridad competente. Se mantiene, asimismo, el supuesto de la disposición adicional segunda de la LCSP por el que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes es competencia del Pleno autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas.

Una de las novedades que introduce el párrafo segundo del apartado primero del artículo 118 de la LCSP es que para la tramitación del expediente se ha de exigir «el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato», además de los requisitos tradicionales de aprobación del gasto e incorporación

al expediente de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de la LCSP establecen. En lo atinente al informe, un asunto que se ha suscitado en el proceso de implementación de la norma, es a qué órgano corresponde la emisión del citado informe. De manera indubitada, el artículo 118 de la LCSP se refiere genéricamente al órgano de contratación, referencia que debe entenderse realizada al titular del mismo (Informe 42/2017 de la JCCPE sobre interpretación del artículo 118.3 de la LCSP). En el escrito de consulta, el Ayuntamiento requiere opinión del órgano consultivo para dilucidar si cabe que el informe de necesidad del órgano de contratación lo emita la concejalía proponente del gasto pues, a entender del consultante, «resulta contrario a un racional principio de eficacia y simplificación administrativa que en cada contrato menor deba un Alcalde informar la necesidad de la contratación, y, por ejemplo, a nivel estatal, un Ministro, un Secretario de Estado o un Subsecretario». La JCCPE concluye afirmando que el informe de necesidad irremediablemente debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea este, salvo que dicha competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos. En puridad normativa, es un supuesto equivalente al del artículo 116 de la LCSP, donde la competencia se atribuye de manera expresa, frente a otros supuestos como los previstos en el artículo 146.1 b) de la LCSP, en los que se alude explícitamente a los servicios dependientes del órgano de contratación. Como adición a esta consulta, la JCCPE concluye señalando asimismo que el informe de necesidad debe tener un contenido sustantivo y propio, sin que se pueda sustituir por un mero acuerdo de inicio, toda vez que se tratan de figuras diferentes. En todo caso, el informe del órgano de contratación debe incluir la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor (Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco).

En cambio, la opinión anterior es modulada en el Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva LCSP, de resultas del cual «el artículo 118.1 exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad, la literal alusión a informe parece presumir que se pueda efectuar por los servicios dependientes del órgano de contratación, puesto que las facultades que normalmente competen al órgano de adjudicación

son de carácter decisorio y no informativo o justificativo, sin perjuicio de que en todo caso sus relaciones deban ser motivadas. /.../ Los mencionados trámites pueden cumplimentarse en el expediente mediante la inclusión de diferentes documentos o bien acumularse en dos o en uno solo, considerando si las nuevas justificaciones exigidas en la tramitación del expediente del contrato menor se sustentasen en un único documento o resolución debería ir firmado por el órgano de contratación, sin perjuicio de la aplicación de las normas de delegación o desconcentración de competencias que procedan».

Por lo que respecta a los requisitos de la factura, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su artículo 72, contiene como elementos preceptivos mínimos el número y, en su caso, serie; nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor; órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal; descripción del objeto del contrato, con descripción del servicio a que vaya destinado; precio del contrato; lugar y fecha de su emisión; y firma del funcionario que acredite la recepción. Se exceptúan aquellos suministros o servicios cuya prestación se acredite en el tráfico mercantil con el correspondiente comprobante o recibo, en el que han de constar al menos la identidad de la empresa que lo emite, el objeto de la prestación, la fecha, el importe y la conformidad del servicio competente con la prestación recibida.

En el contrato menor de obra, y por aplicación del apartado segundo del artículo 118 de la LCSP, deberá añadirse 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 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en los términos previstos en el artículo 235 de la LCSP: «Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se regirá de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 231 de la presente Ley. En los proyectos de presupuesto base de

licitación inferior al señalado, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se traten de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo».

El perfeccionamiento del contrato de obras se produce con la adjudicación, sin que en este extremo haya ninguna novedad, como se infiere a contrario de lo establecido en el artículo 36.1 de la LCSP, habida cuenta que no se les aplica lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la LCSP y no requieren de formalización ya que su existencia queda acreditada con la documentación descrita en el artículo 118 de la LCSP. La resolución y notificación se efectúa por medios electrónicos al amparo de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la misma LCSP. Adicionalmente, se mantiene la limitación en el plazo de duración de los contratos menores que también establecía el TRLCSP, en cuanto que no podrá tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, así como la exención de constitución de garantía, por razones de simplificación y agilidad.

### **3. LA POLÉMICA DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA LCSP**

La aplicación del apartado tercero del artículo 118 de la LCSP ha dado lugar a importantes incertidumbres aplicativas, que, al menos, ponen en evidencia la necesidad de que en una inmediata reforma se ponga fin a esta situación. De acuerdo con el citado apartado: «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.». Sobre este extremo, ha habido pronunciamientos contradictorios de la JCCPE, en sus informes 41/2017 y 42/2017, de 2 de marzo de 2018 y el dictamen 3/2018, de 13 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, JCCAA). A este debate se han sumado sucesivos pronunciamientos de otros órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas. Por ordenar el análisis, se pasa, en primer lugar, a exponer la tesis de la JCCPE para dar luego paso a la explicación del órgano consultivo aragonés, que ha dado pie a informes similares en otros territorios:

A) De acuerdo con la doctrina de la JCCPE, el expediente propio de la contratación de los contratos menores debe justificar la concurrencia de dos circunstancias:

- por un lado, que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquel se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

Y es en este punto donde saltan todas las dudas, ya que una interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Por esta razón, la JCCPE recurre al artículo 3.1 del Código Civil para interpretar el texto y «bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, /.../ de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico». En consecuencia, y a juicio de la JCCPE, la LCSP no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta

del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

La exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que indiviso o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

Por lo que hace al límite temporal, y según el parecer de la JCC-PE, debe ser el que la propia LCSP establece en el artículo 29 respecto a la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor. Asimismo, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118 de la LCSP.

B) En sentido contrario, la JCCAA, así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (Informe 1/2018, de 11 de abril) y en la misma línea la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno vasco (Recomendación 1/2018, de 11 de abril), considera que la interpretación jurídica que ha de darse al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad es la de considerar que la limitación cuantitativa descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología —obras, servicios y suministros— que pre-

tendan adjudicarse de forma sucesiva: «Esta Junta considera que la regla de la incompatibilidad que establece el artículo 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios, o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretendan adjudicarse. Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe número 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual».

La conclusión se alcanza, en suma, al entender que las nuevas justificaciones que exige el precepto se conectan no sólo con la prohibición de fraccionar los contratos, en particular, cuando se adjudican de forma sucesiva, lo que obliga a las entidades contratantes a realizar una adecuada labor de planificación, sino también con la finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos, y en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, más allá de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduzca la nueva LCSP, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa.

Finalmente, y por lo que se refiere al periodo temporal de la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario, «la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores ad-

judicados con anterioridad». Otra solución, de acuerdo siempre con la opinión de la JCCAA, resultaría sumamente compleja en orden a controlar todos los contratos menores suscritos a una fecha dada, al no estar referidos a un periodo común a todos ellos, y no se atendería a la regla general de programación de la actividad de contratación pública por parte de las entidades del sector público.

De manera prácticamente unánime los órganos consultivos territoriales se han decantado por la posición de la JCCA, que se antoja la solución más cabal, pero ante la antinomia interpretativa que se presenta, el legislador haría bien en modificar la regulación para evitar esta confusión.

Por último, el apartado tercero del artículo 118 de la LCSP, finaliza diciendo: «El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla». Son dos reglas las que recoge el párrafo (justificar que no se altera el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores con el mismo órgano de contratación en los términos antedichos). Este control se recomienda por parte de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco que se recoja en una memoria final firmada por el mencionado órgano de contratación, o bien en el informe inicial tras la verificación de ambos aspectos, con indicación de que el objeto social de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista, se corresponden con el objeto del contrato.

#### **4. PUBLICIDAD Y RENDICIÓN DE INFORMACIÓN. EL REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

Tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se incorporó por primera vez, en el artículo 8.1, la obligación de publicar, como deber activo de transparencia, la información relativa a todos los contratos, incluyendo lógicamente a los contratos menores. En general, la obligación contenida en la letra a) del apartado primero del artículo 8 abarcaba la información integral de todos los contratos: objeto, duración, 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 contratos, con

dos particularidades que afectaban y afectan a los contratos menores: por un lado, la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y, de otra parte, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

La nueva LCSP acentúa el factor de la transparencia, como una técnica inapelable de disuasión de conductas indebidas y de rendición social y política de cuentas, introduciendo una regulación más exhaustiva del perfil del contratante, atribuyendo a esta herramienta un papel determinante como instrumento orientado a la publicidad de las distintas fases del procedimiento de contratación pública. Si el apartado primero del artículo 63 de la LCSP ordena funcionalmente el perfil con el objetivo de garantizar la máxima difusión y accesibilidad de la información registrada, el apartado cuarto del citado artículo contiene una previsión expresa sobre los contratos menores que no existía con anterioridad. Por un lado, en su primer párrafo, 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». Constituyen novedades de la nueva Ley, la inclusión del impuesto indirecto en la información a suministrar, así como la ordenación de los contratos por identidad de adjudicatario. Ciertamente era que, para organizaciones administrativas con un volumen grande de recursos, la identificación y control de los contratos menores se antojaba difícil si la información no contenía un patrón de orden y localización, por agrupación, del adjudicatario. De este modo, la información se presenta completa y ordenada por adjudicatarios, circunstancia esta que facilita el control de esta categoría contractual.

No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado cuarto del artículo 63 de la LCSP, establece una excepción: «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». Además de las dificultades que encierra, por sí misma, la operatoria del anticipo de caja fija

en cuanto a la celebración de contratos menores, este apartado se refiere al valor estimado, que, con arreglo al artículo 101 de la LCSP, es el importe total pagadero excluido el IVA, e incluyendo cualquier opción eventual, las prórrogas y modificaciones. Así pues, en nueva contradicción interna de la norma, en el mismo párrafo el legislador hace uso de dos paradigmas de valor diferentes, pues en el primer párrafo hace referencia al importe de adjudicación, IVA incluido, para en el segundo párrafo exceptuar a los contratos menores por importe inferior a 5.000 euros, excluyendo el IVA.

En correspondencia con lo previsto en el anterior precepto, el artículo 335 contiene la regulación del deber jurídico de remisión de información contractual al Tribunal de Cuentas, a cuyo fin el párrafo tercero del apartado primero de la citada norma contiene una regla singular para los contratos menores: «Además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario. Esta remisión podrá realizarse directamente por vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación». Véase una vez más que para simplificar y facilitar las tareas de control, se ha impuesto la exigencia de que se ordene por adjudicatario, lo que reduce considerablemente el esfuerzo de ordenación de la información que se requería hasta este momento y, todo ello, con la excepción de los contratos menores atendidos por el procedimiento de anticipo de caja fija por importe inferior a 5.000 euros. Fíjese que en este caso, la norma se refiere a «importe» y no a valor estimado, lo que supone una discordancia con la regulación del artículo 63.

Para completar el perímetro de publicidad, el artículo 346 de la LCSP impone una nueva obligación de comunicación al Registro de Contratos del Sector Público de los contratos menores, con la excepción prevista en el párrafo tercero del apartado tercero de dicha disposición, a tenor de la cual «se exceptuarán de la comunicación señalada en este apartado los contratos excluidos por la presente Ley y aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, 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. En el resto de contratos inferiores a cinco mil euros, deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo o del contrato e importe final». Al contrario de los artículos precedentes, en este caso la LCSP especifica que, en el importe, se incluye el impuesto indirecto.

La publicidad y transparencia de la información a suministrar en los contratos menores es, indubitadamente, una pieza de cierre del modelo, en orden a facilitar el control interno y externo, pero, y no menos importante, permite acceder a esa información a unos ciudadanos que, cada vez más, demandan conocimiento de la gestión adecuada de los recursos públicos. Si además la información se presenta ordenada, contribuye a que la rendición de cuentas sea más eficaz y que no existan obstáculos para poder aprehender el caudal de información que la gestión pública ocasiona.