



Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico

Laura Magarzo Fernández

Técnico de auditoría y contabilidad

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Extracto

En el presente artículo se realiza un análisis jurídico y de la tramitación de los contratos menores tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, comparando el nuevo régimen jurídico, en el que se potencia la transparencia y la publicidad, frente a la anterior normativa, y recopilando las diferentes interpretaciones respecto al alcance material y temporal de la nueva regulación efectuada por las juntas consultivas de contratación, y de la instrucción del Observatorio de Contratación Pública.

Palabras clave: contratos administrativos; contratos menores; transparencia; publicidad; fraude; fraccionamiento.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Magarzo Fernández, L. (2020). Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico. *Revista CEFLegal*, 229, 81-108.



Past and present of minor contracts: An analytic view on its legal regime

Laura Magarzo Fernández

Abstract

In this article, a legal and processing analysis of minor contracts is carried out after the entry into force of Law 9/2017 of Public Sector Contracts, comparing the new legal regime, which enhances transparency and publicity, as opposed to the previous regulations, and compiling the different interpretations regarding the material and temporal scope of the new regulation made by the contracting consultative boards, and of the Public Procurement Observatory instruction.

Keywords: administrative contracts; minor contracts; transparency; publicity; fraud; division.

Citation: Magarzo Fernández, L. (2020). Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico. *Revista CEFLegal*, 229, 81-108.





Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes y evolución del contrato menor
 3. Análisis del régimen jurídico del contrato menor
 - 3.1. Las intenciones del legislador en la nueva ley
 - 3.2. Articulado de la LCSP sobre contratos menores y novedades respecto a la regulación anterior
 4. Consultas planteadas y su interpretación por las juntas consultivas de contratación
 5. Ideas principales de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
 - 5.1. Ámbito objetivo de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP
 - 5.2. El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa
 - 5.3. El expediente del contrato menor
 - 5.4. Ámbito temporal de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP
 - 5.5. La publicidad de los contratos menores
 - 5.6. Ámbito subjetivo
 6. Conclusiones y opinión
- Bibliografía



1. Introducción

El contrato menor, como herramienta creada para satisfacer necesidades de contratación dentro del sector público, limitado tanto en importe como en duración para que el uso de los recursos públicos quede salvaguardado conforme a criterios de eficacia y eficiencia, está fuertemente implantado en el día a día de la gestión pública por su simplificación y por su agilidad a la hora de la tramitación, facilitando que pequeñas y medianas empresas accedan a contratos públicos, sobre todo en el ámbito local, suponiendo este tipo de contratos un importante volumen dentro de la contratación pública¹.

Durante los últimos años, a través de instrucciones, directrices² y códigos de buena conducta, las distintas Administraciones públicas han ido complementando la normativa existente para favorecer buenas prácticas de actuación en el ámbito de los contratos menores. Pero, a pesar de ello, el número de casos de fraude se ha disparado en los últimos tiempos. La apariencia de legalidad del contrato menor se ha convertido en una vía habitual para incumplir los preceptos legales de publicidad y del procedimiento de adjudicación. Su uso inadecuado, fraccionando de forma irregular el objeto del mismo, ha favorecido la proliferación de malas prácticas y de irregularidades administrativas, produciendo una mala gestión de los recursos públicos, como también ha ocurrido con la falta de negociación efectiva en los contratos realizados por el extinto procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vulnerando el principio de transparencia.

¹ Observatorio de Contratación Pública: <www.obcp.es>

² Ejemplo de esta práctica es el Acuerdo 147/2015, de 23 de diciembre, de la Junta de Castilla y León (BOCYL n.º 248, de 28 de diciembre de 2015), por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León en materia de contratación administrativa, en el que se pone de manifiesto que «la simplificación en la tramitación de los contratos menores no resulta, en modo alguno, incompatible con el cumplimiento de los objetivos de transparencia y de los principios de economía y eficiencia que debe presidir todo el proceso de la contratación pública».

Como han demostrado las investigaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude³, la contratación pública, que sigue siendo el mayor canal de gasto público, es un mercado atractivo para los defraudadores, que utilizan la corrupción y las cuentas extraterritoriales para facilitar el fraude. La Comisión Europea, por su parte, ha recomendado a los Estados miembros que pongan especial atención a la transparencia y la integridad en el ámbito de la contratación pública, en la prevención y la detección del fraude y la corrupción, en un mejor seguimiento de los sistemas de contratación pública; y en el aprovechamiento pleno del potencial de la contratación pública electrónica. El Parlamento Europeo también se ha hecho eco de estas cuestiones, poniendo de manifiesto que una parte importante de la inversión pública se gasta a través de la contratación pública (dos billones de euros al año), haciendo hincapié en los beneficios de la contratación pública electrónica a la hora de luchar contra el fraude, tales como el ahorro para todas las partes, una mayor transparencia y unos procesos simplificados y abreviados.

2. Antecedentes y evolución del contrato menor

Podemos encontrar antecedentes de la contratación menor, vinculados con la contratación directa, en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852⁴, y, de manera más cercana, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril⁵, que, aunque no hablaba de contratación menor, sí recogía la contratación directa referida a ciertas clases de obras. Por su parte, el Decreto 3410/1975, de 27 de diciembre⁶ ya establecía en su artículo 70 que en los proyectos de obras que tuvieran la consideración de reparaciones menores se podía reducir la documentación, y que en los casos en que el importe de las obras fuera inferior a 500.000 pesetas el único documento exigible sería el presupuesto.

Cuando España se incorporó a la Comunidad Económica Europea en 1986, se exigió la adaptación inmediata de la legislación de contratos del Estado a las directivas comunitarias sobre obras y suministros, lo que tuvo lugar mediante la publicación del Real Decreto Legislativo 931/1986, que nuevamente volvió a modificar los artículos de la Ley de Contratos afectados por las directivas, y también del reglamento, lo que tuvo lugar mediante la publicación del Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.

³ Oficina Europea de Lucha contra el Fraude: <www.ec.europa.eu/anti-fraud/home_es>

⁴ El Real Decreto de 27 febrero de 1852, publicado por Bravo Murillo, es la primera referencia histórica que nos encontramos en relación con la contratación pública: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1852/6460/A00001-00002.pdf>>

⁵ Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado: <<https://www.boe.es/boe/dias/1965/04/23/pdfs/A05914-05924.pdf>>

⁶ Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado: <<https://www.boe.es/boe/dias/1975/12/27/pdfs/A26776-26797.pdf>>

La Ley 13/1995⁷ fue la que utilizó el concepto de contratos menores con un contenido similar al actualmente vigente, con la idea de introducir un procedimiento de contratación ágil y simplificado para la adjudicación de determinados contratos. Con el fin de incrementar la concurrencia, y aumentar la transparencia y la objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa, así como de simplificar, en lo posible, los procedimientos de contratación, se promulgó la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995.

En el año 2000, se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁸ mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que hacía referencia a los contratos menores en su artículo 56, si bien su importe no experimentó variación con respecto al anterior texto normativo (5.000.000 de pesetas o 30.050,61 euros para contratos de obras, y 2.000.000 de pesetas o 12.020,24 euros para contratos de suministros y servicios).

Posteriormente, la Ley 30/2007⁹ de Contratos del Sector Público recogía los contratos menores, si bien elevando la cuantía del límite superior de los mismos. Y, finalmente, el último texto en vigor antes de la LCSP ha sido el aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011¹⁰, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), que definía los contratos menores en su artículo 138.3 como aquellos contratos de importe¹¹ inferior a 50.000 euros (obras), o a 18.000 euros, cuando se tratase de otros contratos, y añadía que dichos contratos menores se podrían adjudicar directamente a cualquier empresario que tuviera capacidad de obrar y que contara con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.

En cuanto a la división del contrato, el artículo 86 de dicho TRLCSP recogía que el objeto de los contratos no podría fraccionarse con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondiesen. Pero preveía la posibilidad de dividir en lotes el objeto del contrato, siempre que estos fueran susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyesen una unidad funcional o lo exigiese la naturaleza del objeto; pero, en estos casos, las normas procedimentales y de publicidad que debían aplicarse en la adjudicación de cada lote se determinarían en función del valor acumulado de todos ellos.

⁷ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas: <<https://www.boe.es/boe/dias/1995/05/19/pdfs/A14601-14644.pdf>>

⁸ TRLCAP: <<https://www.boe.es/boe/dias/2000/06/21/pdfs/A21775-21823.pdf>>

⁹ Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/31/pdfs/A44336-44436.pdf>>

¹⁰ 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: <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/11/16/pdfs/BOE-A-2011-17887.pdf>>

¹¹ El legislador en la LCSP actual ha sustituido el concepto de «importe» utilizado en el antiguo artículo 111 del TRLCSP por el de «valor estimado» (art. 118 LCSP), del que expresamente se excluye el IVA (art. 101 LCSP17).

3. Análisis del régimen jurídico del contrato menor

3.1. Las intenciones del legislador en la nueva ley

La Unión Europea, mediante las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE¹², de 26 de febrero de 2014, exigió a los países miembros la transposición de la normativa en materia de contratación a los respectivos ordenamientos jurídicos. En España, finalmente se ha producido dicha trasposición mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹³ (en adelante LCSP). La LCSP deroga el Real Decreto Legislativo de 14 de noviembre de 2011, por el que se había aprobado el texto que refundió la legislación existente hasta la fecha en materia de contratación del sector público, estableciendo un nuevo sistema de gobernanza de la contratación pública para dar cumplimiento a las obligaciones que determinan las directivas comunitarias mencionadas. A la espera del desarrollo reglamentario de la LCSP actual, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁴, aprobado mediante el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sigue vigente.

La intención del legislador con la LCSP no ha sido solo la de transponer las directivas mencionadas, sino también la de mejorar el sistema de contratación pública, buscando una mayor eficiencia, transparencia¹⁵ e integridad, en el marco de los objetivos de la Estrategia

¹² La normativa de la UE se encuentra recogida en el siguiente enlace: <www.eurolex.com>

¹³ Legislación consolidada: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>>

¹⁴ Legislación consolidada: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2001/10/12/1098/con>>

¹⁵ El artículo 132 LCSP se refiere a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia en los siguientes términos:

1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta. 2. 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. 3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

2020, promocionando la innovación y los objetivos sociales, laborales y medioambientales, haciendo los procedimientos más eficientes, y tratando de frenar la corrupción en la adjudicación. Así, en el apartado segundo de su preámbulo, la LCSP declara 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, conseguir una mejor relación calidad precio. [...] También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y, con ello, de imponer una menor 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.

Más concretamente, en lo que respecta a la contratación menor, las intenciones del legislador parece que siguen la dirección propuesta por la doctrina más autorizada, que es, básicamente, reducir el procedimiento de contratación directa a unas situaciones excepcionales. Así, cuando el preámbulo de la LCSP habla del procedimiento abierto simplificado, se alude a la introducción de 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». Es decir, que con la figura del nuevo procedimiento abierto simplificado que recoge la LCSP se responde a la necesidad de agilizar la contratación administrativa, sin menoscabo de los mencionados principios de transparencia, publicidad y concurrencia.

3.2. Articulado de la LCSP sobre contratos menores y novedades respecto a la regulación anterior

La LCSP no elimina la posibilidad de utilización de la contratación menor, pero la somete a nuevos requerimientos, puesto que el sistema de adjudicación directa propio de este procedimiento choca de manera frontal con el principio de libre concurrencia, apostando por la limitación y el control de la contratación directa, sometiendo a los contratos menores a mayores restricciones que en el TRLCSP.

La nueva regulación conserva todas las reglas existentes en la normativa precedente: la limitación económica, el plazo máximo de duración de un año y la imposibilidad de ser prorrogado. Así, en su **artículo 118**, que lleva como rúbrica «Expediente de contratación en contratos menores», responde al cumplimiento de los objetivos anteriormente mencionados en los siguientes términos:

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. 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. 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.^o¹⁶.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

El **artículo 131**, en su apartado tercero, se refiere al procedimiento de adjudicación: «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».

En cuanto al plazo de duración, el **artículo 29** establece en su apartado 8.º que los contratos menores del artículo 118.1 «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

Por último, la LCSP hace una última referencia a estos contratos en la disposición final primera determinando que «no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: artículo 118.2».

¹⁶ El artículo 168 a) en su apartado 2.º establece esa exclusión para los siguientes casos:

Quando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

A todo esto, hay que añadir la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2019, de 8 de febrero, de la **disposición adicional quincuagésima cuarta** de la LCSP respecto al régimen de los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en la que se establece que:

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.

Por lo tanto, las principales **novedades** del régimen jurídico que recoge la LCSP con respecto a la regulación del TRLCSP serían las siguientes:

a) En cuanto a los **finés** perseguidos:

- Garantizar la transparencia en la contratación pública.
- Evitar el fraccionamiento indebido en la contratación.
- Responsabilizar directamente al órgano de contratación del cumplimiento de los requisitos del contrato menor, como medida anticorrupción.
- Incrementar la competencia, dando la oportunidad a otros empresarios a que participen en la contratación pública.

- Mejorar la relación calidad-precio, incluyendo criterios de adjudicación con aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
- Mejorar la eficacia, simplificando los trámites, con menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes.

b) Por lo que respecta al **importe**:

El valor estimado ha de ser inferior a 15.000 euros, IVA excluido, en contratos de servicios y suministros, e inferior a 40.000 euros, IVA excluido, en los contratos de obras, siendo obligatorio licitar a partir de dichos importes¹⁷. En la LCSP se ha sustituido el concepto de «importe» utilizado en el antiguo artículo 111 del TRLCSP por el de «valor estimado», evitando así cualquier duda interpretativa sobre la aplicación de los umbrales y el IVA. En su momento el concepto de «importe» generó problemas interpretativos que fueron resueltos¹⁸ por la doctrina y la jurisprudencia, y por los que quedó fijado el criterio de excluir el IVA a la hora de aplicar los umbrales del TRLCSP.

No obstante, existen algunas excepciones a esta regla general sobre la cuantía del contrato menor:

a) La que establece la disposición adicional novena, que determina normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones:

1. 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. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en

¹⁷ El límite que establecía el texto derogado era de 50.000 euros para contratos de obras, y de 18.000 para el resto.

¹⁸ Informe 26/08, de 2 de diciembre de 2008:

Determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el impuesto sobre el valor añadido y en qué supuestos no.

las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

- b) La que establece la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP respecto al régimen de los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los que se incrementa el importe hasta los 50.000 euros en los contratos de suministro o de servicios, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.
- c) En cuanto a la **publicidad**:
- Existe la obligación¹⁹ de publicar en el perfil del contratante la información relativa a los contratos menores al menos trimestralmente, debiendo recoger como contenido mínimo su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, quedando exceptuados de dicha publicación 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 (art. 63.4 LCSP). El artículo 346.3 del LCSP recoge la obligación de los poderes adjudicadores de comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los contratos menores realizados por ellos.
- d) En cuanto a la **tramitación** del expediente:
- Una de las principales novedades de la actual ley son los cambios en la tramitación del expediente y la trascendencia que los mismos implican para los órganos de contratación en cuanto a las responsabilidades que puede suponer una inadecuada utilización de la contratación menor, incluso en la vía penal²⁰. Mientras que el artículo 111 del TRLCSP apenas exigía documentación para la tramitación del expediente, la actual regulación incrementa no solo la cantidad de documen-

¹⁹ La LCSP asume esta obligación contenida en la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 9 de diciembre.

²⁰ El fraccionamiento no solo constituye un incumplimiento legal y una gestión ineficaz e ineficiente, sino que además puede dar lugar a responsabilidades contables o, si se producen las circunstancias determinadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015 (STS 1718/2015) podría calificarse de delito de prevaricación. En esta sentencia se señala que en estos casos el fraccionamiento debe ir acompañado de: una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo, que sea objetivamente contraria a Derecho, que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, que ocasione un resultado materialmente injusto, y que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra de derecho.

tación que ha de figurar en el expediente de un contrato menor, sino el alcance de los mismos, en cuanto a las responsabilidades que existen para los órganos de contratación y sus gestores. En el derogado TRLCSP bastaba la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, y para el contrato de obra era necesario, además, la incorporación del presupuesto, sin perjuicio del proyecto e informe de supervisión en determinados casos.

La nueva LCSP añade dos requisitos nuevos: la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y la justificación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales del contrato menor, imponiéndose al órgano de contratación la obligación de comprobarlo.

También se genera la obligación de realizar un informe, por parte del órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato, en el que quede claro que el objeto del contrato no se ha modificado de forma fraudulenta, para evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Es decir, que no se proceda a una 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 de los requisitos que se exigen en los contratos de cuantía superior.

e) Respecto a la **adjudicación**:

El artículo 318 de la LCSP, que lleva por rúbrica «Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada», determina que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato²¹.

f) En cuanto al **límite temporal**:

Según el artículo 29.8 de la LCSP, los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, y en idénticos términos se manifestaba el derogado artículo 23.3 del TRLCSP. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque el contrato menor no debe ser superior a un año, sí que puede extenderse a dos ejercicios presupuestarios, debiendo tramitarse, desde el punto de vista presupuestario, como un gasto de carácter plurianual.

Siendo estas las principales novedades respecto a los contratos menores, es conveniente hacer una breve referencia a la contratación de los poderes adjudicadores que no ostentan la consideración de Administración pública (PANAP), dado que la regulación de la actividad contractual de dichos poderes adjudicadores ha experimentado modificaciones significativas, que, en síntesis, suponen una mayor aproximación al régimen al que se

²¹ El equivalente a este artículo es el derogado artículo 138.3 (párrafo 1.º) del TRLCSP.

someten las Administraciones públicas. La nueva LCSP, adaptando la tipología de las entidades incluidas dentro del ámbito subjetivo de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, mantiene, en la configuración del régimen jurídico aplicable, la distinción, dentro de los poderes adjudicadores, entre las Administraciones públicas y las entidades que, siendo poderes adjudicadores, no son Administraciones públicas. Este nuevo régimen jurídico²² de contratación de los PANAP se recoge en los artículos 316 a 320 de la LCSP.

El artículo 318 de la LCSP sobre «adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada» determina que:

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.

La Abogacía General del Estado, en su Informe 32/2018, de 17 de enero, concluye que los contratos del artículo 318 a) de la LCSP se consideran «conceptualmente coincidentes» con los contratos menores, motivo por el cual «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».

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se manifiesta en términos similares, y concluye que la voluntad de la ley es equiparar los contratos menores de las Administraciones públicas y los supuestos de adjudicación directa permitidos a los PANAP, debido a que «no cabe considerar superflua o inútil la circunstancia de que los importes de los contratos y sus categorías jurídicas sean en ambos preceptos –118 y 318 a)– plenamente coincidentes», lo cual tiene como consecuencia que también los PANAP estén obligados a cumplir todos los requisitos de procedimiento y límites impuestos por el artículo 118.

4. Consultas planteadas y su interpretación por las juntas consultivas de contratación

La aplicación práctica de las nuevas exigencias de la LCSP en el ámbito de los contratos menores ha sido objeto de numerosas consultas por parte de distintas Administraciones y entidades, como consecuencia de las dudas que han ido surgiendo después de su entrada en

²² Las instrucciones internas de contratación y otras peculiaridades que se aplicaban a los PANAP desaparecen con la nueva ley, unificándose el régimen jurídico de su contratación, antes disperso en tantas instrucciones como PANAP había.

vigor. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado²³ ha plasmado en varios informes las interpretaciones que ha ido emitiendo como respuesta a dichas consultas, así como también lo han hecho las juntas consultivas de contratación de varias comunidades autónomas, lo que ha permitido ir obteniendo conclusiones de gran interés para los operadores jurídicos.

Algunos de los documentos interpretativos más relevantes, antes de que se publicara la Instrucción 1/2019 de la Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, son los que a continuación se resumen:

A) Expediente 41/2017 de la JCCPE²⁴

El Ayuntamiento de Baeza solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la emisión de un dictamen sobre cómo debe interpretarse la expresión del artículo 118.3 de la LCSP, para saber si «opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, por ejercicio presupuestario, con independencia de que se trate de objetos radicalmente independientes» o si, por el contrario, «debe entenderse que es a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor del que se trate, de tal manera que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con el Ayuntamiento diversos contratos menores, siempre que, aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa, se trate de contratos con objetos distintos nítidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas».

La Junta Consultiva respondió que si se interpreta literalmente esa expresión, se llegaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por el contratista, este ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto, representando esa conclusión un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del principio de concurrencia.

Por ello, dice la Junta Consultiva, es necesario acudir «a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto». La finalidad del artículo es «destierro de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, ya que la forma habitual de fraude consiste en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico». Con esta interpretación se puede fácilmente lograr el fin perseguido por la norma, «pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a

²³ En el siguiente enlace <www.contrataciondeestado.es>, y en el portal institucional del Ministerio de Hacienda, se recoge la normativa relativa a contratación pública, así como enlaces a los informes de la Junta Consultiva.

²⁴ Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos: cuando sus objetos sean cualitativamente distintos, o cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico». Así se pretende limitar que se produzca fraude cuando «cualitativamente las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto». Esto podría suceder en el caso, por ejemplo, «de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas».

Cuando el legislador hace referencia a que no exista anteriormente un contrato menor con el mismo contratista que supere los límites, ya sea de forma individual o conjunta, lo que busca es evitar que se eluda el límite cuantitativo del contrato menor «mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos». El requerimiento para que el contratista no supere los límites establecido por la norma ha de interpretarse entendiéndose que no se impiden que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico, 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».

En cuanto al límite temporal, la Junta Consultiva indica que debe ser el que la ley señala en el artículo 29, de tal forma que, por encima del 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. Por tanto, 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. Este plazo de un año debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto.

Como conclusiones, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado determinó que:

- El artículo 118.3 de la LCSP «debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor», quedando prohibida la conducta defraudadora en la ley, cualquiera que sea el momento en que se produzca.

- 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».
- Y, por último, que «cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor».

B) Expediente 42/2017 de la JCCPE

La Junta Consultiva de Contratación del Estado respondió a las consultas planteadas por el Ayuntamiento de Andújar, en términos similares al informe anterior. El ayuntamiento planteó las siguientes cuestiones:

- Cómo debía interpretarse la no superación por contratista, individual o conjuntamente, del plazo temporal que hay que tomar en consideración para aplicar ese límite, a la que la Junta Consultiva contestó de igual modo que en el anterior expediente.
- Cómo queda constancia por el órgano de contratación de la comprobación del cumplimiento de dicha regla, a la que la Junta Consultiva contestó que «la ley no establece un modo concreto de comprobación ex post del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable».
- Respecto al informe de necesidad del órgano de contratación, el ayuntamiento preguntaba si era posible hacerse una interpretación amplia de ese requisito para considerar que la concejalía proponente del gasto sea quien informe de la necesidad. La junta concluyó que dicho informe debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea este, salvo que dicha competencia se hubiera delegado. Y, por lo tanto, el informe de necesidad, que debe tener un contenido sustantivo y propio, no puede sustituirse por un mero acuerdo de inicio, ya que se trata de figuras diferentes.

C) Expediente 75/18 de la JCCPE

La Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias planteó las siguientes cuestiones en relación con la disposición adicional novena de la LCSP: Si lo dispuesto

en el artículo 118.3 de la LCSP, en el sentido de que en el expediente se justificará que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo, es aplicable a los contratos suscritos conforme a la disposición adicional novena de la ley, y en caso afirmativo, si la cifra que ha de tenerse en cuenta a efectos de justificar que el contratista no ha suscrito más contratos que individual o conjuntamente la superen, son los 15.000 euros del apartado 1 del artículo 118 o el importe de los contratos sujetos a regulación armonizada.

La Junta Consultiva concluyó que a los contratos regulados en la disposición adicional novena de la LCSP les resultan de aplicación las exigencias procedimentales previstas en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para los contratos menores, con la especialidad siguiente, que es que la cuantía de referencia a los efectos de efectuar la justificación exigida por el artículo 118.3 de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido en la ley debe ser en estos casos sustituida por la de los contratos sujetos a regulación armonizada.

D) Expediente 84/18 de la JCCPE

El Ayuntamiento de Cehegín planteó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado si era posible tramitar y adjudicar contratos administrativos especiales a través del procedimiento del contrato menor.

Para responder a esta cuestión parten del concepto de contrato administrativo. El artículo 25 de la LCSP caracteriza como contratos administrativos los declarados así expresamente por una ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. En cuanto a su régimen jurídico establece la ley que se regirán, en lo que respecta a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por sus normas específicas que, cuando las haya, son aplicables con preferencia, y por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo. Supletoriamente se les aplica las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. Y el artículo 118 de la LCSP se refiere al expediente de contratación en contratos menores, caracterizando como tales a los 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.

La Junta Consultiva ya había analizado esta cuestión en su informe 38/05, de 26 de octubre, pero bajo la vigencia del TRLCSP 2011, en la que concluía que no existía en los contratos administrativos especiales, a diferencia de los contratos específicamente mencionados (obras, servicios y suministros), una referencia del valor por debajo del cual resultaría aplicable este tipo de procedimiento, y por ello, solo en los casos en que la regulación remitiese a la aplicación del régimen de los contratos menores resultaría de aplicación el mismo.

Sin embargo, bajo la nueva LCSP, la Junta Consultiva en este informe cambia de criterio, con base en que, aunque en la ley no haya una mención expresa a los contratos administrativos especiales, no debe aparejar la conclusión de que el sistema del contrato menor no resulta de aplicación a este tipo contractual específico, entendiendo que la prestación propia que constituye este tipo de contratos administrativos especiales obedece a una obligación de contenido equivalente a la de los contratos del artículo 118, y la actividad contractual propia de los contratos administrativos especiales guarda una significativa semejanza con la prestación de un contrato típico de obras, servicios y suministros.

Además, las reglas del contrato menor son de aplicación a los contratos administrativos especiales según lo que establece el artículo 25 de la LCSP ya que, en defecto de normas especiales, ordena la aplicación de las normas de la propia ley, incluidas las referentes al contrato menor.

No hay que olvidar que la Junta Consultiva declaró la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados (Informe 57/18, de 2 de julio), por lo que no parece muy lógico que si el régimen de los contratos menores cabe para los contratos privados no pueda predicarse lo mismo de un tipo de contratos mucho más próximo a los contratos típicos que menciona el artículo 118 de la LCSP.

Como conclusión, la JCCPE declara en este tema que el régimen de contratación de los contratos menores sí resulta de aplicación a los contratos administrativos especiales, pero que habrá de ser el órgano de contratación en cada contrato el que determine la procedencia del uso del contrato menor por cumplirse las condiciones legales que lo permiten y también cuál es el umbral aplicable, el de obras o el de servicios y suministros, atendiendo a las características de la prestación que constituye el objeto del contrato.

E) Expediente 87/18 de la JCCPE

El Ayuntamiento de Baeza preguntó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al igual que el Ayuntamiento de Cehegín, si el contrato administrativo especial tiene procedimiento de adjudicación por contrato menor o no, ya que la ley no lo determina.

La respuesta de la Junta Consultiva fue idéntica: sí es aplicable la regulación del contrato menor a los contratos administrativos especiales.

F) Informe 1/2018 de la JCCA²⁵ de la Xunta de Galicia

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia en su Informe 1/2018, de 25 de abril, comienza destacando que el artículo 118 contiene graves deficien-

²⁵ Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

cias, que exigen una interpretación de sus términos y de su contenido ante la inseguridad jurídica que provoca tanto en los operadores públicos como en los privados. Su interpretación literal, a juicio de la Junta, no es suficiente, ya que lleva a resultados contrarios al resto del articulado de la LCSP y a su propia finalidad. Entiende que el artículo 118.3 no ha de interpretarse como una regla prohibitiva independiente y autónoma, sino como una precisión de la regla que le antecede, referida a la prohibición de fraccionamiento. Se trataría de «elevar las exigencias de motivación y justificación de las reglas legales» ya existentes sobre el objeto y valor estimado, y no de establecer una regla limitativa independiente por el mero hecho de tener concertados contratos menores anteriormente.

Conforme a la LCSP, los contratos menores no requieren de formalización. Al respecto, la Junta interpreta que por contrato suscrito debe entenderse un contrato perfeccionado mediante el consentimiento de las partes.

Respecto a si computan a estos efectos las empresas vinculadas o las empresas que concurren en una UTE, la Junta responde remitiendo a su previo criterio, según el cual la existencia de fraccionamiento viene determinada no por el número de adjudicatarios, por pertenecer a un mismo grupo o por participar en UTE, sino por la identidad de objeto contractual.

Por lo que respecta a la determinación de los sujetos, entidades y órganos que abarcan el cálculo de los límites cuantitativos del artículo 118.3 de la LCSP, y siguiendo su propio juicio, sostiene que el fraccionamiento ilícito es independiente del número de órganos de contratación o de unidades funcionales que intervengan en una adjudicación. Esto le lleva a la conclusión de que cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada debe comprobar, dentro de su propio ámbito, que está justificada en el expediente la ausencia de un fraccionamiento ilícito del objeto contractual.

En cuanto al periodo temporal que debe tenerse en cuenta es el ejercicio presupuestario, por ser el de referencia para las actividades de control de la normativa presupuestaria y contractual, entiende además que la motivación de la necesidad del contrato y justificación de la no alteración de su objeto debe producirse antes de la aprobación del gasto.

G) Informe 3/2018 de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón²⁶ en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, entiende que la regla de incompatibilidad debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología, es decir, entre los contratos de obra, de servicios o de suministros respecto al que pretenda adjudicarse. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a

²⁶ Informe en: <www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/>

15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador de otros contratos de servicios hasta llegar a sumar esa cantidad.

En cuanto al ámbito subjetivo, entiende que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de cada órgano de contratación. Por lo tanto, la limitación no impediría que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni que se gastará el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de la misma entidad contratante.

Respecto al ámbito temporal, sostiene que entender la incompatibilidad sin límites temporales «llevaría a consecuencias absurdas». La incompatibilidad se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

H) Informe 1/2018 de la JCCA de la Generalitat de Cataluña

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 1/2018, de 20 de abril, entiende que la finalidad de la nueva limitación del artículo 118.3 de la LCSP es adicional a la que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos. Busca evitar la falta de rotación o de diversificación de empresas contratistas y el favorecimiento a una empresa, el no «reparto» de mercado con la reiterada adjudicación de contratos menores al mismo operador. Dicha limitación de suscribir un determinado volumen de contratos con la misma empresa debe entenderse referida a contratos con los mismos objetos, que son aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes.

El periodo temporal que se considera conveniente tomar en cuenta a la hora de aplicar esta limitación de suscribir contratos menores con el mismo contratista es el ejercicio presupuestario, por ser el que permite el control del cumplimiento y por coincidir con la base de la que las entidades contratantes han de partir a la hora de programar su contratación.

Por último, de acuerdo con este informe, la aplicación de publicidad a los contratos menores o solicitar varias ofertas no exime del cumplimiento del artículo 118 de la LCSP.

5. Ideas principales de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

La LCSP, en su artículo 332, establece la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante, OIReScon). Esta oficina, como órgano

regulador del mercado de la contratación, tiene como funciones, entre otras, la de aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, y la de elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación. Además, sus instrucciones son obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público del Estado (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), y son objeto de publicación al igual que sus recomendaciones.

En virtud de lo establecido por la ley, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, que figura como anexo a la Resolución de 6 de marzo de 2019, siendo obligatoria para todos los órganos de contratación del sector público del Estado y debiendo ser tenida en cuenta para la tramitación del expediente.

La OIReScon expone en este documento que los límites cuantitativos que establece la LCSP restringen injustificadamente el acceso a la contratación pública a algunos empresarios, sobre todo a pymes, por el hecho de haber contratado ya una vez. Entiende, además, que la norma es ineficaz para la lucha contra la corrupción, puesto que el problema está en el fraccionamiento de los contratos para eludir la publicidad y la concurrencia. Y, por otra parte, considera que también hay que tener en cuenta las características de los entes públicos, estableciendo requisitos diferentes según los medios y los presupuestos con los que cuentan, porque no tienen la misma necesidad ni disponen de los mismos recursos los municipios pequeños que los ministerios o las consejerías de las comunidades autónomas.

También pone de manifiesto que el artículo 118.3 genera problemas de aplicación al no precisar tres cuestiones (como ya hemos ido analizando antes a través de las consultas a las juntas de contratación):

- Si la limitación de adjudicaciones a un mismo empresario lo es por tipo de contrato o por objeto contractual.
- Si esa limitación lo es por tiempo indefinido o temporalmente.
- Y cuál es el ámbito subjetivo de aplicación.

Visto lo anterior, la OIReScon, considerando los posibles peligros que, para la seguridad jurídica, puede suponer la confusión de la aplicación de la regulación del contrato menor y, como garante del funcionamiento del mercado de la contratación pública para que no se produzcan restricciones injustificadas al acceso a la misma por parte de las empresas, ha considerado necesario fijar unos criterios que den certidumbre a las actuaciones de los órganos de contratación y, por lo tanto, agilicen el mercado de la contratación pública. Esos criterios que fija la OIReScon son los siguientes:

5.1. Ámbito objetivo de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP

Las limitaciones que se derivan del artículo 118.3 deben interpretarse según su finalidad y contexto dentro de los principios que establece el artículo 1 de la LCSP, como son la libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. Por un lado, la necesidad de justificar que no se altera el objeto del contrato para evitar la aplicación de reglas contractuales se refiere al no fraccionamiento del objeto del mismo. Por otro lado, se deberá justificar que el objeto contractual es cualitativamente diferente al de otros que hayan sido perfeccionados anteriormente con el mismo empresario, o bien que no constituyen una unidad funcional. En estos supuestos, no operarían los límites cuantitativos del artículo 118 de la LCSP.

Por lo tanto, la suscripción de contratos menores deberá realizarse:

- Justificándose su necesidad y causa de su falta de planificación, por lo que no podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente²⁷, de forma que, año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, teniendo que planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios.
- Sin que su valor estimado supere los límites establecidos en el artículo 118.1 de la LCSP, calculado conforme a las reglas indicadas en el artículo 101 de la LCSP.
- Y justificándose la ausencia de fraccionamiento del objeto de contrato:
 - a) Que no se han separado las prestaciones que forman la «unidad funcional» del objeto del contrato con el único fin de eludir las normas de publicidad en materia de contratación. En este sentido, el criterio relativo a la «unidad funcional» para distinguir si existe fraccionamiento en un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separen, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por sí solas. Así, la justificación debe versar sobre la indispensable e intrínseca vinculación entre las prestaciones en cuestión para la consecución de un fin, esto es, la satisfacción de la necesidad que motiva la celebración del contrato.
 - b) En sentido contrario, las prestaciones que tienen una función técnica individualizada, pero forman parte de un todo (unidad operativa), estando

²⁷ Se entiende que una necesidad es «recurrente» cuando el objeto de contrato se repite durante el período de control con fechas de adjudicación sucesivas, aunque no necesariamente encadenadas. (Por ejemplo: contratos de catering para cursos o reuniones en entidades u organismos donde este tipo de actividades sean continuas).

gestionadas por una unidad organizativa (unidad gestora) no suponen fraccionamiento y podrán ser objeto de contratación menor si se cumple el resto de los requisitos para esta modalidad. Así, no existirá fraccionamiento en el caso de prestaciones contratadas separadamente que sirvan un mismo objetivo o necesidad, pero que de manera individualizada no sufra menoscabo en su ejecución, conservando su sentido técnico o económico, pudiéndose ejecutar separadamente.

En aquellos supuestos en los que las prestaciones son completamente diferentes y no supongan un fraccionamiento del objeto, aunque sea un mismo tipo de contrato, podrán celebrarse varios contratos menores con el mismo contratista, si bien estas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas en el expediente.

5.2. El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa

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.

Si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos. Las ofertas recibidas, así como la justificación de la seleccionada formarán, en todo caso, parte del expediente. De no ser posible lo anterior, deberá incorporarse en el expediente justificación motivada de tal extremo.

5.3. El expediente del contrato menor

El expediente deberá incorporar la siguiente documentación:

- El informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, que deberá incluir, al menos, los siguientes extremos: el órgano de contratación competente, el objeto del contrato, la justificación de la necesidad, incluida la justificación del procedimiento elegido, el presupuesto de obras de la Administración, o, en su caso, proyecto correspondiente o informe de la oficina de supervisión de proyectos cuando proceda en el caso del contrato menor de obras, los datos identificativos del adjudicatario así como la justificación de su elección, la aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto, así como el ejercicio presupuestario (o los ejercicios presupuestarios en el caso de que fuese un gasto

plurianual), y la forma de certificación de la prestación o su recepción, y la forma de pago del mismo.

- La justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como la circunstancia de que el contratista no se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 118.3 de la LCSP.
- El contrato contará con la acreditación de la existencia de crédito y documento de aprobación del gasto con carácter previo a su ejecución, incorporándose posteriormente la factura o facturas que se deriven del cumplimiento del contrato.
- 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, y si no fuera posible, se incorporará justificación motivada al expediente.

La información o documentación relacionada en los puntos anteriores, así como la justificación, podrán unificarse en un único documento o informe del órgano de contratación, en favor de la simplificación administrativa.

5.4. Ámbito temporal de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP

La limitación temporal se ha de referir al ejercicio presupuestario. La anualidad presupuestaria enlaza directamente con la necesaria programación de la contratación pública a desarrollar en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales, tal y como establece el artículo 28.4 de la LCSP. Lo más adecuado al interés general es que se considere el período correspondiente a cada ejercicio presupuestario para apreciar los límites que determina el artículo 118 de la LCSP, ya que este criterio facilita su comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, cuya rendición y contabilización se realiza siempre por ejercicios presupuestarios.

5.5. La publicidad de los contratos menores

La obligación de publicidad viene recogida en el artículo 63.4 de la LCSP, salvo para aquellos inferiores a los 5.000 euros y los que van por el sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos inferiores. La publicación será, al menos, trimestral, siendo este plazo una obligación para el órgano de contratación, no un plazo de publicación individualizado por cada contrato.

Por lo tanto, los órganos de contratación deberán publicar trimestralmente todos los contratos menores que hayan adjudicado en ese período, es decir, aquellos respecto de

los que existe compromiso del gasto y comunicación de la adjudicación al contratista, y ello con independencia de que no esté aún incorporada la factura al expediente, debiéndose indicar, al menos, el objeto, la duración, el importe de adjudicación incluido el IVA y la identidad del adjudicatario, debiendo ordenarse los contratos por la identidad del adjudicatario.

5.6. Ámbito subjetivo

Por «órgano de contratación» se debe entender aquel órgano que ejerce las facultades del órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o por desconcentración, siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva, siendo, por tanto, sobre quienes debe recaer la obligación de comprobar que en su unidad funcional o en la entidad de la que son responsables no se adjudican directamente a un mismo contratista contratos menores cuyo valor estimado acumulado incurra en las necesidades de justificación establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP.

6. Conclusiones y opinión

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 necesarias. Por ello, el contrato menor ha gozado hasta la entrada en vigor de la nueva ley del no sometimiento a varios de los principios generales de la contratación, como son la publicidad, la libre concurrencia entre los licitadores y la transparencia del procedimiento.

No obstante, este tipo de contratos no puede eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de su fraccionamiento. Para evitar el fraccionamiento indebido de los contratos hay que tener en cuenta:

- Que los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su tramitación debe ser restrictiva;
- Que el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente;
- Que se debe analizar si las distintas prestaciones son o no susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, así como el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto;
- Y que es necesario que el órgano de contratación realice una programación del gasto público en función de las necesidades a cubrir, para poder tomar la deci-

sión más adecuada al contratar, con una debida planificación de la actividad contractual.

En mi opinión, la eficacia de las novedades introducidas en la contratación menor de la LCSP, ya analizadas a lo largo del artículo, y que pretenden evitar la omisión de esas normas, dependerá de su correcta aplicación por los órganos encargados de la contratación y de la buena voluntad de todos los que participan en el contrato de una u otra forma, así como del fortalecimiento del control interno a través de una coordinación entre los propios organismos de contratación y entre estos y las unidades proponentes. Los objetivos de conseguir una mayor publicidad, transparencia y control se alcanzarán si son aplicados de manera más estricta por dichos órganos y siempre que no se queden en meros formalismos. Solo de esta forma podrán suponer un avance importante en la lucha contra el fraude y la corrupción que envuelve a esta forma de contratación.

Pero, en todo caso, no hay que olvidar que lo más razonable es encontrar el equilibrio para que el mercado de la contratación funcione de una manera ágil, pero sin caer en malas prácticas, para lo cual una solución sería la que aporta la propia LCSP en el artículo 159.6, mediante la aplicación de una especialidad más sumaria del procedimiento abierto simplificado para contratos de obras de valor inferior a 80.000 euros y contratos de suministros y de servicios de valor inferior a 35.000 euros, donde se produce una reducción sustancial de trámites y plazos, que sería más rápido que el procedimiento abierto sumario, aplicándose la adjudicación directa solo para casos excepcionales.

Bibliografía

- Batet Jiménez, P. (2017). La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 23, 2.862-2.876.
- Díez Sastre, S. (2017). Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: el régimen jurídico aplicable. [Ponencia]. Federación de Municipios de Cataluña.
- Garcés Sanagustín, M. (2018). Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista Española de Control Externo*, XX(60), 99-116.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Cizur-Menor: Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un



modelo de contratación pública transparente. *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 153, 34-39.

Gimeno Feliú, J. M. (2018). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 23, 2.782-2.798.

Martínez Fernández, J. M. (2016). Cerco a los contratos menores. *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, 194, 38-54.

Martínez Fernández, J. M. (2017). Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 41, 1-46.

Moreno Ibáñez, I. (2018). Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Actualidad Administrativa*, 3.