

¿JAQUE A LA CONTRATACIÓN DIRECTA?: EL CONTROVERTIDO RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS MENORES

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿TODO DEBE CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL?– II. LA INSPIRACIÓN DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA.– III. SIGNIFICADO GENERAL Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LOS CONTRATOS MENORES.– IV. PUNTOS DE ACUERDO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS: 1. El nuevo procedimiento contractual aplicable a los contratos menores. 2. La aplicación de un límite temporal a la acumulación de cuantías. 3. La independencia de los tipos contractuales.– V. DISCREPANCIAS EN LAS INTERPRETACIONES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS: 1. El cómputo del período de acumulación de cuantías: ¿año natural o ejercicio presupuestario?. 2. Límites objetivos: ¿el art. 118.3 contiene un mero recordatorio de la prohibición de la fragmentación del objeto del contrato?. 3. Límites subjetivos. En especial, ¿permiten la desconcentración o delegación de la contratación multiplicar el límite aplicable a los contratos menores?– VI. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS Y CONTRATOS MENORES.– VII. ¿ESTÁ CAMBIANDO LA MAREA? EL AGIGANTADO CONTRATO MENOR EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.– VIII. CONCLUSIONES: ¿TODO SEGUIRÁ IGUAL?– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La reforma de la contratación administrativa, plasmada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, respondía a la inaplazable necesidad de incorporar al Derecho interno las directivas comunitarias de contratación pública de 2014, pero se ha producido en un clima de insatisfacción generalizada por la situación de la contratación pública. Por ello, la reforma ha desbordado las cuestiones técnicas, para incorporar muchas cuestiones políticas, principalmente durante la tramitación parlamentaria. Una de ellas, una regulación más garantista, desde un punto de vista procedimental, pero también sustantivo, de la contratación menor, una modalidad de contratación directa por razón de la cuantía, la única que subsiste en la legislación actual. La menor precisión inherente a la introducción de enmiendas durante la tramitación parlamentaria y un sentimiento bastante extendido en determinados medios administrativos de que la nueva regulación sólo se explicaría desde el desconocimiento del funcionamiento y necesidades de la Administración ha llevado a reinterpretaciones más o menos agresivas de los términos literales de la Ley, no desde medios profesionales, sino desde la propia Administración Pública.

Palabras clave: contratos menores; contratación directa; garantías de la contratación.

ABSTRACT: The Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público has meant a reform of administrative legislation with a double component, technical and political. The widespread social criticism of the situation of public procurement, often related to corruption, has led the reform beyond the incorporation of community directives. This has materialized mainly through parliamentary work. Among other things, this has resulted in a more restrictive regulation of contracting without public bidding. Although the «minor contracts» (of small amount) subsist, their regime is now much more restrictive. However, the interpretations so far expressed by different administrative bodies have been in almost all cases in the sense of restricting the relevance of the reform.

Key words: minor contracts; exceptions to public bidding; guarantees of public procurement.

I. INTRODUCCIÓN: ¿TODO DEBE CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL?

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), se han introducido sustanciales novedades respecto de la regulación anterior de los contratos menores.

Estas novedades se centran en el artículo 118 de la LCSP, relativo al «expediente de contratación en contratos menores», en cuyo primer apartado se establece que «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», rebajando, por lo tanto, los umbrales anteriormente previstos en el ahora derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), en que se establecían respectivamente en 50 mil y 18 mil euros. Además, se precisa que estos umbrales corresponden al valor estimado del contrato —en el TRLCSPP se hablaba de «importe»— y añadiendo que sólo puede haber contratos menores de obras, de servicios y de suministros, a diferencia de lo que se deducía del TRLCSPP, en el que la referencia se hacía a los contratos de obras y a «otros contratos».

En el artículo 118.3 de la LCSP, se establece que en el expediente de contratación de los contratos menores «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*»; que «el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla» y que «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo

168.a).2.o». La regla de la acumulación de cuantías de contratos menores celebrados con un determinado contratista que, a partir de un determinado umbral, generan como regla general una incompatibilidad para contratar por medio de este procedimiento, ha sido probablemente el punto más polémico de la nueva regulación, que ha generado una muy considerable atención por parte de blog jurídicos y, también, de órganos consultivos especializados en contratación pública. Sin embargo, esta regla no estaba en el proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales, sino que es un producto de la tramitación parlamentaria.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es una norma básicamente continuista. Su sistemática, así como un porcentaje muy elevado de su contenido, guardan estrecha relación con su antecedente directo, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ciertamente, hay un nuevo énfasis en los aspectos «estratégicos» de la contratación —básicamente, la incorporación a los fines de la contratación, junto con los aspectos logísticos que le son propios, de objetivos sociales, ambientales y de innovación—, aunque al menos en parte tales fines podían ya lícitamente a la contratación pública conforme a la legislación anterior. Pero esto no explica las reacciones alarmadas de grupos sociales como los gestores sanitarios o los rectores de las universidades públicas, estos últimos secundados por algunos investigadores de nivel (ajenos a las disciplinas jurídicas). Lo que explica estas reacciones, en algunos casos extremas por el apocalipsis que prometen, es la drástica reducción de las posibilidades de contratación directa. En muchos ámbitos en los que la aplicación plena de la legislación de contratos públicos era la excepción, deberá convertirse en la norma en lo sucesivo. Dos elementos están en el origen de este resultado, indeseable para muchos: la desaparición del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía y el nuevo régimen del contrato menor, rodeado de muchas mayores cautelas.

Dada la desaparición irremisible e insusceptible de interpretación del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía, la desactivación del régimen garantista del contrato menor se ha convertido en el caballo de batalla de quienes defienden una aproximación «realista» a las cuestiones de contratación, esgrimiendo cuestiones como la dificultad de planificar las necesidades de la Administración en determinados ámbitos, la escasa capacidad de gestión de determinadas pequeñas Administraciones locales o, finalmente, la sacralidad de la ciencia (que aparentemente se transmite a todo lo relacionado con ella, incluidas las cuestiones logísticas, de manera que las cautelas propias de la contratación pública, imprescindibles en otros ámbitos, son aquí insufribles rémoras para el avance de la civilización occidental e incluso de la humanidad).

Esto ha llevado a que la regulación de los contratos menores haya sido objeto de numerosos pronunciamientos de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa. La atención que ha recibido la materia es explicable: la desaparición del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la introducción de una regulación muy restrictiva del contrato menor llevan a una situación en la que, por primera vez, las Administraciones públicas españolas no pueden recurrir masivamente a la contratación directa, sino que deberán aplicar la legislación de contratos públicos ya no para contratos muy relevantes o señalados, sino con carácter general. Esto supone —o supondría, si la Ley llegara a aplicarse conforme a la voluntad del legislador— una ruptura del paradigma, una revolución administrativa con paralelismo con las revoluciones científicas de que hablaba Thomas Kuhn.

No obstante, *prácticamente todos los informes de órganos consultivos han encontrado mecanismos interpretativos para flexibilizar los términos literales del texto legal*, aunque ello se haya hecho en muy distinta medida, desde la racionalización a posiciones cercanas a la desobediencia civil. Esta tendencia, que como se ha dicho puede calificarse como generalizada, llega al extremo con los pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. La JCCPE en su informe 41/2017 viene a señalar que la finalidad de la regla de acumulación del art. 118.3 LCSP es simplemente evitar la fragmentación del objeto del contrato, separando en prestaciones separadas actuaciones que guardan entre sí una relación lo suficientemente estrecha como para haber debido configurar un único objeto contractual. En consecuencia, si no hay fragmentación fraudulenta, no hay razón para aplicar las limitaciones sustantivas contenidas en el precepto, especialmente la regla que impide la contratación sucesiva de contratos menores con el mismo operador económico por encima de los umbrales establecidos para cada singular contrato menor.

Lo que ocurre es que la fragmentación de objeto del contrato está prohibida no sólo cuando el contratista es el mismo en los contratos sucesivos, sino también cuando los contratos fragmentados se adjudican a distintos contratistas, pero evitando mediante el diseño voluntarista de las prestaciones articuladas a través de varios contratos su tratamiento como un objeto unitario. En este sentido, se trataría de una norma no sólo redundante, sino inútil.

Sin embargo, la interpretación de la Ley que la JCCPE en su informe 42/2017, a la que se adhiere la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana en su Informe 4/2018, de 15 de junio de 2018, es que la entrada en vigor de la LCSP no ha supuesto la introducción de 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 o, en otros términos, que la limitación contenida en el art. 118.3 LCSP únicamente impide adjudicar directamente a

un mismo contratista contratos menores del mismo tipo que superen el umbral establecido en el 118.1 y para prestaciones fragmentadas o sucesivas que deberían tratarse como una unidad y podrían haberse licitado conjuntamente. En otros términos, que si bien en el art. 118 LCSP se introducen cautelas procedimentales y se ajustan los umbrales, el régimen sigue siendo sustancialmente el mismo que durante la vigencia del TRLCSP de 2011.

En consecuencia, podríamos concluir, o las prestaciones de los sucesivos contratos menores conforman un objeto único —y su celebración constituye un delito de prevaricación administrativa— o su realización, sin atención a los límites del art. 118.3 es perfectamente legal.

Por supuesto, se trata de una postura extrema, ciertamente difícil de entender desde la perspectiva de la separación de poderes y la lealtad institucional. El razonamiento podría ser el siguiente: las Cortes Generales se han apartado de lo previsto en el Proyecto de Ley; diputados y senadores desconocen el real funcionamiento de la Administración y su mandato debe ser reconducido a la racionalidad; esa reconducción equivale a la desactivación de la regla, pues otra cosa es irrealizable.

En todo caso, los argumentos y matices de las posiciones que han ido estableciendo los distintos órganos consultivos son el objeto principal del presente trabajo. (1)

(1) En la elaboración del presente trabajo se han utilizado los siguientes informes administrativos:

Informe de la Abogacía General del Estado 2/2018 de 17 de enero de 2018, sobre aplicación del régimen de los contratos menores a los PANAP y otras cuestiones.

Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3o del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Instrucción núm. 5/2018, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre el régimen transitorio de los contratos menores con motivo de la entrada en vigor en 2018 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores».

Informe 9/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Incidencia de la normas privadas de contabilidad aplicables por determinadas entidades públicas y diversidad de los objetos contractuales en el cómputo de los límites aplicables a los contratos menores».

Recomendación 1/2018, de 11 de Abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco, sobre «contratos menores a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público».

Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) sobre «Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

II. LA INSPIRACIÓN DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA

La cuestión tratada está en el núcleo de las novedades de la LCSP. Los dos elementos más claramente característicos de la reforma de la legislación nacional de contratos acometida en 2017 son de clara inspiración comunitaria, aunque en ambos el legislador español, inicialmente siguiendo las pautas marcadas desde la Unión Europea, haya ido más lejos de lo exigido. Esto sucede con el nuevo protagonismo de los aspectos estratégicos de la contratación, adecuadamente destacados por la doctrina más cualificada (2), pero también con el segundo de esos elementos característicos: la decisión de reducir el recurso a la contratación directa por las Administraciones públicas

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 41/2017 sobre «Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP».

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 42/2017 sobre «Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP».

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 5/2018 sobre «Limitación de los contratos menores: cómputo del plazo».

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 7/2018 sobre «Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos».

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, sin fecha.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 4/2018, de 15 de junio, diversas cuestiones de interpretación del art. 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 8/2018, de 15 de junio, interpretación del art. 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Resulta de gran utilidad el post de Víctor ALMONACID (2018): ««Sigan sigan...»: a vueltas con los Informes de la Junta Consultiva en materia de contratos menores», que pueden consultarse en la dirección <https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/03/05/sigan-sigan-a-vueltas-con-los-informes-de-la-junta-consultiva-en-materia-de-contratos-menores/>. El autor, en sucesivas actualizaciones, ha ido incorporando las opiniones emitidas por los distintos órganos consultivos, incluido un cuadro resumen de los principales puntos de discrepancia.

(2) Orientación estratégica destacada por GIMENO FELLÚ, José María, en varios de sus trabajos. Inicialmente en (2013): «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159, pp. 39-106. Este tratamiento sería ampliado en (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi. El autor volvería de nuevo sobre el tema en (2016): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública)», en Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, pp. 15-127.

españolas. En ambos casos, el impulso inicial del Ejecutivo, en sus funciones de protolegislator y plasmado en el Proyecto de Ley, ha sido considerablemente ampliado con ocasión de la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados: ciertamente, en el Proyecto de ley presentado el 25 de noviembre de 2016 ya aparecía una sustancial reducción de las posibilidades de contratación directa, centrada en el procedimiento negociado sin publicidad, pero esa reducción sería consistentemente acentuada durante la tramitación parlamentaria, rodeando de cautelas adicionales los contratos menores.

La propuesta de regulación contenida en el proyecto de Ley se dirigía únicamente contra la desmesurada extensión de los procedimientos negociados sin publicidad, concretamente *suprimiendo el negociado sin publicidad por razón de la cuantía*. Como es sabido, en un procedimiento negociado el órgano de contratación consulta con empresas de su elección y, tras negociar con una o con varias el contenido y condiciones del contrato, lo adjudica al licitador elegido. Son procedimientos especiales, que únicamente pueden ser utilizados en los casos expresamente previstos en la Ley y pueden tramitarse con publicidad previa o sin ella. En la modalidad sin publicidad, la legislación anterior permitía utilizar el procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación, entre otros supuestos, cuando el contrato no superase determinadas cuantías (3).

Ciertamente, la subsistencia de estos procedimientos por razón de la cuantía era problemática a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en cuyo artículo 32 se establecen de forma taxativa los supuestos en que puede utilizarse un procedimiento negociado sin publicación previa, ninguno de los cuales se refiere a la cuantía (4). No obstante, resultaba muy dudoso que esta prescripción pudiese considerarse aplicable a los contratos no armonizados (5). La cuestión ha quedado meridianamente clara tras la entrada en vigor de la Ley actual, puesto no sólo no aparece ninguna referencia a estos procedimientos en el articulado, sino que en el Preámbulo de

(3) TRLCSP art. 77.2: «Igualmente, en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por procedimiento negociado por ser su cuantía inferior a la indicada en los artículos 171, letra d), 172, letra b), 173, letra f), 174, letra e) y 175, deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 142 cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos».

(4) El considerando 50 de la Directiva incide en términos claros en el carácter excepcional del procedimiento negociado sin publicidad.

(5) En este sentido la Recomendación de 16 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva del Estado, al considerar vigente la regulación del TRLCSP, por estar siempre referido a contratos de valor estimado inferiores a los umbrales comunitarios. En sentido coincidente la Recomendación 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 20 de abril de 2016.

la LCSP, IV, se señala taxativamente lo siguiente: «Respecto del procedimiento negociado, se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía...», para añadir en la parte V:

«Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un *déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores*. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado *Procedimiento Abierto Simplificado*, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una *tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía* que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias» (6).

La experiencia con la contratación directa no ha sido positiva. Como ha recogido reiteradamente el Tribunal de Cuentas en sus informes de fiscalización, en muchas ocasiones los órganos de contratación no motivaban adecuadamente ni ofrecían justificación suficiente de la razón de recurrir a este procedimiento. Además, la fórmula fue aprovechada en algunos casos de corrupción en los que se fragmentaron contratos para evitar la publicidad.

A una negativa percepción de esta figura por la opinión pública interna se uniría que en 2016 la Unión Europea advirtiese a España acerca de la insuficiente publicación de anuncios de contratos y del uso *significativamente elevado* del procedimiento negociado sin publicidad en relación con otros Estados miembros (7). En un documento relativo al déficit excesivo en que incurría —incurre— España se señala lo siguiente (considerando 14):

(6) El último inciso del párrafo citado, relativo a la tramitación sumaria, no figuraba en el proyecto de Ley, siendo incluido durante la tramitación parlamentaria como correlato de la introducción en el texto legal del procedimiento abierto abreviado sumario.

(7) Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo {SWD(2016) 263 final} Bruselas, 27.7.2016 COM(2016) 518 final

Vid. José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016): «¿Reclama la UE a España una modificación sustancial del ALCSP?», Observatorio de Contratos Públicos, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.250/relcategoria.208/relmenu.3/chk.5a707f7f7536a03f82684b263487f6c1>

«España también debe prestar la debida atención a los aspectos cualitativos de las finanzas públicas, incluida su política de contratación pública. *Ha sido significativo el número de irregularidades con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE puesto en conocimiento de la Comisión durante los últimos años.* Los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública. *España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros.* Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE y, con frecuencia, en *adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas.* El uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios. La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española».

Lo que llevaba a la Comisión en su propuesta y posteriormente al Consejo a concluir lo siguiente (art. 1.6):

«España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación».

Podría pensarse que es la constatación del mal uso dado a estas fórmulas de contratación lo que ha llevado a una regulación muy restrictiva, aunque su existencia pueda justificarse objetivamente por razones de eficiencia administrativa (8). De hecho, la propia normativa comunitaria recoge figuras similares (9).

(8) Por todos *vid.* José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016): «Cercos a los contratos menores», *Revista de Estudios Locales*. Cunal, núm. 194, pp. 38-54

(9) En el vigente Reglamento (UE, Euratom) núm. 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) núm. 1605/2002 del Consejo, el art. 104.3 habilita a la Comisión para regular, entre otras cuestiones, los «*contratos de escasa cuantía y pagos contra la presentación de una factura*». Sin embargo, en el nuevo Reglamento del Parlamento Europeo sobre las Normas Financieras aplicables al Presupuesto General de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE)

En todo caso, una primera consecuencia de la admonición comunitaria fue que motivó que en diciembre de ese mismo año 2016, el Consejo de Ministros aprobase unas «Instrucciones para mayor publicidad y transparencia en la contratación pública», en cuya parte expositiva se invoca expresamente la resolución anterior y se transcriben los párrafos citados y en cuya parte dispositiva se ordenaba la publicación de anuncios en la Plataforma de Contratos del Sector Público para todos los contratos negociados por razón de la cuantía de la Administración General del Estado y para todos los contratos de obras superiores a 50 mil euros y a los 18 mil en el resto de los contratos del sector público estatal y recomendando al resto de Administraciones Públicas la adopción de la misma medida (10).

Pese a que la supresión del procedimiento negociado por razón de la cuantía podía considerarse un avance significativo, determinados comentaristas resaltaron que el efecto práctico no sería completamente satisfactorio, dado el mantenimiento en el proyecto de Ley de la figura del contrato menor (11).

núm. 1296/2013, (UE) núm. 1301/2013, (UE) núm. 1303/2013, (UE) núm. 1304/2013, (UE) núm. 1309/2013, (UE) núm. 1316/2013, (UE) núm. 223/2014 y (UE) núm. 283/2014 y la Decisión núm. 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, EURATOM) núm. 966/2012, art. 175 y Anexo I, párrafos, 2, 3, 6 y 14, se regulan entre otras cuestiones, los contratos de escasa cuantía, es decir, inferior 60 mil euros, y los de muy escasa cuantía (inferior a 15 mil), no exigiéndose para estos últimos ningún tipo de publicidad, ni previa ni posterior a su adjudicación.

(10) Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada (BOE núm. 307, de 21 de diciembre de 2016).

(11) La denuncia de la contratación menor se había iniciado con anterioridad a la presentación del proyecto de Ley, pero en momentos simultáneos a su elaboración administrativa. Vid. VILLACIS, Begoña (2016): «Todo a 17.999 euros», *El Confidencial* de 19 de febrero de 2016, https://blogs.elconfidencial.com/espana/mirada-ciudadana/2016-02-19/todo-a-17-999-euros_1154843/.

En cuanto a las reacciones de juristas, no necesariamente especialistas en contratación pública, posteriores a la publicación del proyecto de Ley, a título de ejemplo, vid. ÁLVAREZ, Javier Juan (2017): «Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: ¿nueva ley pero similares vicios?», Blog Hay Derecho, entrada de 18 de mayo de 2017. Accesible en <https://hayderecho.com/2017/05/18/proyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico-nueva-ley-pero-similares-vicios/> Este autor señala, en sus conclusiones que «si bien el Proyecto, con buen criterio, ha eliminado el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, al mantener la figura del contrato menor, sin tan siquiera reducir sus umbrales, flaco favor está haciendo en pro de la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción» (énfasis en el original). En sentido similar, aunque con datos abrumadores sacados de la Plataforma de Contratación Pública, RIAÑO, Miguel (2017): «Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público», *El Independiente*, 21 de febrero de 2017, accesible en la dirección web <https://www.elindependiente.com/politica/2017/02/21/contratos-menores->

Este estado de opinión ha tenido indudables consecuencias en la tramitación parlamentaria. Como es sabido, en la vigente regulación del contrato menor, recogida en el art. 118 LCSP se incorpora la propia definición cuantitativa de los límites del contrato menor, que en cambio en el art. 112 del TRLCSP se remitían art. 138.3, precepto dedicado a los «procedimientos de adjudicación», dando a entender que la naturaleza jurídica del contrato menor es la de un procedimiento de adjudicación. La vigente determinación de los límites cuantitativos del contrato menor, incorporada a su misma definición, ha supuesto un descenso de los mismos, tanto en relación con los contratos de obras —un límite de 40 mil euros ha sustituido al anterior de 50 mil que se establecía en el TRLCSP— como de los de servicios y suministro —con un nuevo límite de 15 mil euros en vez de los 18 mil del TRLCSP—, lo que es en sí significativo.

Los «contratos menores», es decir, la posibilidad de contratar de forma directa y con mínimas formalidades debido a la escasa cuantía del objeto y la contraprestación, no es una novedad reciente. Algunas modalidades de «contratación menor» aparecían ya en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en el que se regulaba la contratación directa de determinadas clases de obras, entre ellas las reparaciones menores o de mera conservación o las de cuantía inferior a 1.500.00 pesetas (art. 37), los suministros menores, susceptibles de contratarse mediante una «propuesta de adquisición razonada», cuando se refiriesen a «bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no exceda de 25.000 pesetas» (art. 86), bastando la factura cuando la adquisición se hiciera en establecimientos abiertos al público (art. 89).

En la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo preámbulo, punto 2.6, se resaltaba como una medida digna

12-228-adjudicaciones-a-dedo-para-esquivar-el-concurso-publico/. Datos llamativos son la cifra de 246 millones de euros en contratos menores entre 2013 y enero de 2017, sólo en la Administración General del Estado, o la llamativa concentración de contratos menores en la franja entre los 17.000 y 17.999 euros e, incluso, dentro de esta franja, entre los 17.991 y los 17.999 euros.

Este estado de opinión se plasma, desde un conocimiento experto de la materia, en la propuesta formulada por el Observatorio de Contratación Pública, «Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», 30 de enero de 2017, punto 1.7 p. 6 (disponible en la dirección web http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_2_-Observaciones_al_Proyecto_de_Ley_29_enero_2017_Versio_n_3_2_f68c4305%232E%23pdf/chk.fdba7cd3c3540d93bae1a73a846ad1ab):

«Es un acierto la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía. Sin embargo, se mantiene en el Proyecto la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) aconseja, cuando menos, *cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como a la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador*» (énfasis añadido).

de mención la «potenciación de los contratos menores», se contemplaban en el art. 57, en el que se establecía que «se definirán exclusivamente por su cuantía, de conformidad con los artículos 121, 177 y 202», lo que suponía unos límites de 5 millones de pesetas —30.050,61 euros— para el contrato de obras, y de 2 millones —12.020,24 euros— para los suministros, por un lado, y para los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, por otro. Con el art. 56 y concordantes del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantendrían las cuantías, simplemente traduciéndolas a euros. En consecuencia, los contratos menores habían experimentado un considerable aumento, incluido en el periodo entre 2000 y 2011, para reducirse por primera vez con la LCSP.

Merece ser destacado que en el Proyecto de Ley en el origen de la Ley vigente (12), las cuantías que figuraban como límite de las distintas clases de contrato menor eran las mismas que las del TRLCSP de 2011 (sin incluirse tampoco requisitos, formales o sustantivos, superiores a los de la legislación anterior). En consecuencia, las cuantías que han pasado a convertirse en legislación vigente son las resultantes de la tramitación parlamentaria, concretamente de una transacción resultado de la cual se aprobaron cuantías que, como ya se ha dicho, son inferiores a las que figuraban en el proyecto de Ley (y en el TRLCSP), pero sensiblemente superiores a las propuestas en la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados (30 mil euros para obras, 5 mil para suministros o servicios).

No obstante, la principal novedad no reside tanto en la reducción de las cuantías, sino en la introducción, en el apartado 3 del art. 118, también como producto de la tramitación parlamentaria, de una regla de incompatibilidad que afecta a la adjudicación de sucesivos contratos menores a un contratista que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos. La adición de este apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley de contratos del sector público presentado por el Gobierno tuvo su origen en una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, aunque no resultase aprobada en sus términos originales. Con la enmienda núm. 583, el Grupo Socialista propuso la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

(12) «Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 2 de diciembre de 2016).

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y *el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad*, lo que comprobará el responsable del contrato».

Es decir, con independencia de la cuantía del contrato, cada contratista no podría celebrar más de un contrato menor —en principio, debe entenderse que con cada órgano de contratación— en una misma anualidad presupuestaria.

No obstante, fruto de las transacciones realizadas en la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, responsable de la tramitación del proyecto de Ley, la redacción definitiva de ese apartado no es exactamente coincidente con la de la enmienda presentada, habiéndose cambiado la prohibición absoluta de celebrar más de un contrato menor por una referencia a las cuantías límite de la contratación menor:

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

También ha desaparecido, puede dudarse de si intencionadamente, la referencia a la «anualidad», algo que ha suscitado ciertas dudas aplicativas.

La regla que contiene el art. 118.3 es una novedad en la legislación básica de contratación pública, aunque existan antecedentes en la legislación autonómica que han podido servir de inspiración para la citada enmienda y, en consecuencia, para la norma vigente.

Puede citarse en este sentido el *Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón* que se tramitó en paralelo al proyecto que se convertiría en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público (aunque a diferencia de éste, no llegase a ser aprobado por caducar al expirar la legislatura), en cuyo artículo 76.2 se preveía lo siguiente:

«No podrá utilizarse el contrato menor para la adjudicación de prestaciones del mismo tipo a un operador económico que, *en los dos últimos años*, haya resultado adjudicatario de contratos menores de la misma entidad contratante por un *importe acumulado de 90.000 euros, para contratos de suministros y servicios, y de 200.000 euros en el supuesto de contratos de obras*» (13).

Se trataba de una regla dirigida únicamente a la Administración local y los límites para la acumulación de contratos menores eran específicos y

(13) *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 263, de 15 de diciembre de 2010.

considerablemente superiores a los establecidos para cada contrato menor. El período temporal a tener en cuenta resultaba fijado de una forma técnicamente discutible y difícil de aplicar. Pero existía una clara idea de limitar la acumulación de contratos menores en un único contratista.

Una regla de incompatibilidad con cierta similitud sí llegaría a convertirse en legislación positiva como parte de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra. La regla no se hallaba en la redacción original, sino que entraría a formar parte de la legislación navarra muy posteriormente, mediante la introducción de un apartado 6 en su artículo 73 con ocasión de la reforma operada por Ley Foral 14/2014, 18 junio, estableciendo que:

«Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

No obstante, debe recordarse que la norma contenida en el Proyecto de Ley aragonés, dirigida a la Administración local, no llegaría a aprobarse y señalarse igualmente que esta cautela ha desaparecido de la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que regula los contratos menores en el art. 81 estableciendo únicamente límites cuantitativos para cada contrato y sin acumular en absoluto las cuantías de los celebrados con un mismo licitador. Por tanto, se ha tratado de una norma de vigencia casi fugaz y que no parece haber generado una experiencia aplicativa que haya trascendido a través de tomas de posición doctrinales o de órganos consultivos.

III. SIGNIFICADO GENERAL Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LOS CONTRATOS MENORES

Ciertamente, en cuanto al tratamiento específico que se da a los contratos menores en la LCSP, su preámbulo no dice nada, dado que en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno la regulación era coincidente con la del TRLCSP. Como ya se ha dicho, la regulación actual tiene su origen en la enmienda núm. 583 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista, aunque dicha enmienda fuese objeto de transacción, dando lugar a un texto algo diferente. No obstante, la enmienda no está motivada o, al menos, no lo está sustantivamente, invocando una mera «mejora técnica». Sin embargo, es preciso aclarar que el Grupo Socialista dedicó al tema de los contratos menores varias enmiendas, desde la 580 a la 586 (14), y en algunas de dichas

(14) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A núm. 2-2, pp. 465-468.

enmiendas sí consta una motivación, aunque escueta. En este sentido puede resultar significativa la incorporada a la enmienda núm. 581:

«Se incorpora el informe del órgano competente en el que se justifique lo perentorio de la necesidad a satisfacer y la imposibilidad de acudir al procedimiento simplificado sin que el servicio público sufra esta demora.

Hay que incorporar garantías que aseguren la limpieza de la utilización de la figura del contrato menor sin que sea únicamente una fórmula de huir de cualquier garantía de transparencia siempre que no se rebase determinado importe».

O la motivación de la enmienda núm. 585 y última en esta materia:

«Con la medida propuesta se pretende garantizar la transparencia en los contratos menores para mejorar la gestión pública y la buena administración. Es, además, un mecanismo indirecto de prevención de conductas contrarias a derecho. En consonancia con las enmiendas anteriores».

En consecuencia, la garantía del cumplimiento normativo parece haber estado en el origen de la nueva regulación. No obstante, no sería suficiente una interpretación basada en la simple motivación —a la que no parece haberse dedicado un gran esfuerzo—, sino que también sería precisa una interpretación sistemática.

Puede recordarse que los objetivos generales de la LCSP, según su artículo 1, son asegurar la libre concurrencia (con el cumplimiento de los principios de libre acceso a las licitaciones, transparencia de los procedimientos, e igualdad de trato entre los licitadores) y la integridad y eficiencia en el empleo de fondos públicos (exigiendo la definición previa de las necesidades a satisfacer, la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa). En línea con estos objetivos generales, en la nueva regulación de los contratos menores podrían identificarse determinadas finalidades.

Evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, es la finalidad atribuida por la Junta Consultiva del Estado en los informes 41/2017 y 42/2017. En ellos se hace referencia a que el artículo 118.3 de la LCSP contiene el deber de «justificar la concurrencia de dos circunstancias» —no fraccionamiento fraudulento del objeto y que el contratista no haya suscrito más contratos menores—, pero ambas tendrían la misma finalidad, que es «la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor».

En los dos informes citados se afirma que ambas condiciones (la no fragmentación fraudulenta del objeto del contrato y la no suscripción de contratos menores por el contratista seleccionado que superen el umbral establecido) son «cumulativas y [están] conectadas con un fin último coincidente» que se traduce en «la *proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad*

de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor». Ello es así porque, se afirma, «la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente». No obstante, como acertadamente se señala en el Informe 1/2018 por la Junta catalana, en sus informes la Junta del Estado no hace referencia al hecho de que ese fraude no tiene que darse necesariamente acudiendo en todos los casos a la misma empresa contratista.

El razonamiento anterior no es convincente, continúa señalando en su argumentación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, puesto que una limitación que tuviera como finalidad exclusiva evitar el fraccionamiento fraudulento del objeto de los contratos debería tener como referencia dicho objeto, de manera que la prohibición se hubiera circunscrito a la celebración de contratos menores con un mismo objeto, no con una misma empresa contratista. En cambio, «dado que el precepto hace referencia a la empresa «contratista», hay que entender que la finalidad de esta limitación va más allá de la prohibición de fraccionar indebidamente el objeto de los contratos —finalidad que cubre la primera de las circunstancias a justificar la cual, como se ha dicho, consiste en una obligación de justificación para reforzar la prohibición prevista para todos los contratos». Por el contrario, la referencia expresa a la constatación de que «el contratista no ha suscrito más contratos menores» y el carácter aditivo de ambos extremos con el uso de la conjunción copulativa «y» entre las dos obligaciones de justificación que se recogen en el art 118.3, llevan necesariamente a descartar que la finalidad exclusiva de esta regulación pueda ser únicamente evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, debiendo entenderse que su objeto es más amplio.

Como se ha dicho, la interpretación de cuál es la finalidad de la limitación que se analiza es relevante a efectos de determinar el alcance. Así, por ejemplo, y como más adelante se verá, en los dos informes mencionados de la Junta estatal se delimita poniendo el foco en el carácter «de unidad» del objeto de los contratos, en vez de en la empresa a la que se adjudican.

Evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas mediante contratos menores, bien a causa de una incorrecta planificación o, simplemente, por una incorrecta concepción sobre la finalidad de este mecanismo de adjudicación, puede también considerarse como la finalidad perseguida. En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Aragón en su pionero Informe 3/2018, de 13 de febrero, señalando que este objetivo está en línea con pronunciamientos de órganos consultivos o de control externo anteriores. En este informe, relativo a la «incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores», la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón señala lo siguiente:

«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 núm. 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».

En este sentido, ese uso adecuado vendría ahora reforzado por la obligación de planificación que se recoge en el artículo 28.4 LCSP, en el que se establece literalmente que «las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada». Sin embargo, es realmente el art. 101.10 LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, el que definitivamente debería impedir la continuidad de algunas prácticas anómalas que suponen la utilización del contrato menor para atender a necesidades periódicas: de acuerdo con este precepto, en los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato o, primero, el *valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos*, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial; o, alternativamente, el *valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio*, si este fuera superior a doce meses. Recuérdese que la definición de contrato menor contenida en el art. 118.1 refiere las cantidades máximas al valor estimado de los contratos.

En el mismo sentido, el art. 99 LCSP, en el que se prohíbe la fragmentación de los contratos, pero se establece la regla general de la división en lotes de acuerdo con el criterio de «unidad de ejecución». Sin embargo, a efectos de la determinación de las reglas de procedimiento y publicidad aplicables, se acumulará el valor estimado de los diferentes lotes. En consecuencia, un contrato se debe dividir en partes o lotes cuando ello sea posible sin distorsión de los fines públicos, pero para que cada uno de los lotes sea susceptible de adjudicación directa como contrato menor, el conjunto debe tener un valor total inferior a los umbrales de estos contratos menores.

No obstante, es claro que la inadecuación de los contratos menores para cubrir necesidades periódicas o recurrentes no es una novedad, ni de una idea aisladamente avanzada por el Tribunal de Cuentas o por la Junta aragonesa.

Los pronunciamientos al respecto han sido numerosos y puede citarse a modo de ejemplo, entre los emitidos por órganos consultivos, el Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, sobre «Contratación de prestaciones para cubrir necesidades de carácter recurrente o periódico. La contratación menor y la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos del sector público», en el que se refirió a la inconveniencia de suscribir contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente. En este informe, la Junta catalana señalaba que la contratación menor consiste en una simplificación y agilización procedimentales para posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades a través de un procedimiento ágil y sencillo, en función de las escasas cuantía y duración temporal de los contratos. Sin embargo, son una excepción a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, además de afectar a la libre competencia y a la regla de selección de la oferta económicamente más ventajosa, por lo que la contratación menor sería más propia de la satisfacción de necesidades puntuales que periódicas. Ahora bien, estas finalidades podrían lograrse mediante un mayor énfasis en la regulación del objeto del contrato, siendo quizá no totalmente necesario para su logro el establecimiento de una regla de incompatibilidad para las empresas que hayan sido previamente adjudicatarias de un contrato menor.

En consecuencia, en este punto la nueva regulación se inserta en una tendencia ya asentada en la doctrina administrativa, pero no suficientemente seguida en la práctica.

Evitar la adjudicación directa de contratos menores de manera reiterada a la misma empresa, incrementando la competencia y promoviendo la diversificación de empresas adjudicatarias de estos contratos, para evitar desigualdades entre las empresas que derivan de favorecer siempre a la misma o a las mismas, sería también una finalidad, señalada entre otros en su Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público por la Junta catalana. En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su informe 1/2018, atribuyendo al precepto la «finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos y, en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, habida cuenta de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduce la nueva Ley 9/2017, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa (vid. art. 159.6 de la LCSP, procedimiento abierto simplificado)».

De acuerdo con esta interpretación, evitar tanto el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato, como su uso rutinario para satisfacer necesidades

recurrentes o periódicas o como las prácticas clientelares o simplemente acomodaticias que favorecen sistemáticamente a las mismas empresas, serían los tres objetos inmediatos de la nueva regulación de los contratos menores. Este último objeto sería el específico o distintivo de la nueva regulación, más concretamente estaría en la base de la limitación de adjudicar contratos menores a una misma empresa por encima de un determinado umbral, lo que se uniría a las dos finalidades que, aunque ya teóricamente presentes en la regulación anterior —pero no reflejadas en la práctica administrativa o al menos sólo reflejadas muy imperfectamente— de evitar la fragmentación indebida del contrato, sea simultánea —dividiendo una prestación actualmente necesaria— o sea sucesiva —acudiendo a la contratación menor de forma reiterada para satisfacer necesidades recurrentes y previsibles—, debiendo todas ellas ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar el art. 118.3.

En todo caso, parece claro, dada la invocación de la lucha contra la corrupción en la motivación de las enmiendas del grupo político impulsor inicial de la nueva regulación, como el clima general en el que se han desarrollado los trabajos parlamentarios conducentes a la LCSP, que no es meramente un objetivo de promoción de la competencia, sino la evitación de prácticas clientelares y corruptas lo que ha motivado la limitación expresa de la contratación con cada empresa por la vía de la contratación directa (y con publicidad meramente a posteriori).

En consecuencia, incluso cuando se trate de contratos menores conformes al espíritu y finalidad de su regulación, es decir, que no respondan al fraccionamiento de un contrato que de forma natural debería ser unitario ni sirvan para cubrir necesidades recurrentes, susceptibles de planificación y programación previa, que hubieran debido articularse a través de otros mecanismos (sistemas de racionalización compras, procedimientos abreviados o abreviados sumarios), será necesario que se seleccione a empresarios diversos. En el mismo sentido concurre la exclusión de los supuestos en que exista exclusividad, lo que carece de sentido si la finalidad de la regla de incompatibilidad cuando se supere el umbral se vincule únicamente a la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos o incluso a la prohibición de cubrir necesidades recurrentes con contratos menores. Por el contrario, se admite la reiteración de la adjudicación a la misma empresa contratista en caso de que concurren razones de exclusividad técnica o artística, no aplicándose el límite máximo de contratos menores adjudicados a una misma empresa, pero sí las prohibiciones de fraccionamiento del objeto y de cobertura de necesidades recurrentes.

Estas otras finalidades de no fraccionamiento y no cobertura de necesidad recurrentes se alcanzan, en cambio, tanto a través de la previsión en la propia LCSP de la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, que ahora hay que justificar expresamente para los menores mediante la justi-

ficación de no haberlo «alterado»; como con la obligación de programación establecida ahora expresamente en la LCSP, a que ya se ha hecho referencia; o con la obligación de consolidar los valores estimados de contratos periódicos o sujetos a renovación. Respecto a estas regulaciones, en el art. 118.3 se incorpora un plus, el deber de no alterar la competencia favoreciendo a unos contratistas frente a otros.

Como se señala en el Informe 1/2018 de la Junta catalana, en el artículo 118.3 se establecen dos deberes diferentes y complementarios: uno, relativo al objeto de los contratos menores, de evitar el fraccionamiento, tanto el directamente fraudulento como aquel que sea debido a una insuficiente o incorrecta planificación y mala praxis; dos, relativo a la selección de los contratistas, de evitar que contratos menores correctamente calificados —es decir, atinentes a un objeto real, no fraccionado y de carácter ni recurrente ni periódico— se concentren en determinadas empresas.

IV. PUNTOS DE ACUERDO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

Es chocante desde cualquier punto de vista la existencia de divergencias muy relevantes en la interpretación de aspectos claves del régimen vigente de los contratos menores, no suscitados desde medios profesionales interesados en la defensa —perfectamente legítima— de intereses particulares, sino desde órganos administrativos especializados además en contratación administrativa. Esto supone un grave detrimento de la seguridad jurídica, en una materia en la que además se han producido condenas penales por prevaricación administrativa en los últimos años. No obstante, no todos son discrepancias, sino que también hay puntos en los que la coincidencia ha sido general y que también han de ser examinados.

1. El nuevo procedimiento contractual aplicable a los contratos menores

La polémica regulación de los contratos menores está en lo principal contenida en el artículo 118 de la LCSP, que lleva por título «expediente de contratación en contratos menores», poniendo de relieve que el «contrato menor» es un procedimiento especial de contratación directa, fundamentalmente justificado por la escasa cuantía y por la primacía de la agilidad y la eficacia administrativa sobre otro tipo de consideraciones. Sin embargo, precisamente las cuestiones de procedimiento administrativo son las que menos polémica han generado, eclipsadas por otras novedades de la regulación vigente, especialmente la acumulación de las cuantías de contratos menores como generadora

de la incompatibilidad del contratista superado un determinado umbral, que coincide con el máximo previsto para cada contrato menor individual. No obstante, las novedades que se contienen en este apartado son también muy relevantes, como destacaba la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 1/2018, de 20 de abril.

En el apartado primero del art. 118 se establece —en línea con lo que se establecía en el artículo 111 del TRLCSP— que la tramitación del expediente de un contrato menor, además de requerir la aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura—con los requisitos que se prevean en las normas de desarrollo de la Ley—, pero además será necesario «el informe del órgano de contratación que motive la necesidad del contrato». En consecuencia, se extiende a los contratos menores la obligación general, actualmente recogida en el artículo 28.1 de la LCSP, de emitir este informe e incorporarlo a los expedientes de los contratos del sector público, lo que constituye una novedad respecto del TRLCSP, como se destaca en el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

En consecuencia, se convierte en preceptivo también en los expedientes de los contratos menores el informe contemplado en el artículo 28 de la LCSP, cuyos contenidos se refieren a la «necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación», lo que se relaciona directamente con la regla contenida, en el apartado 1 del mismo artículo de que «las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales». Todo ello se plasma en que «a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». En virtud de la previsión del art. 118, en la enumeración de procedimientos en que este informe es preceptivo debe entenderse incluido también el expediente de contrato menor, con independencia de su valor estimado.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha afirmado al respecto que el informe ha de estar firmado por el titular del órgano de contratación, con la lógica excepción de que la competencia se haya delegado en los términos legalmente establecidos, debiendo tener un contenido sustantivo y propio y sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio (15).

(15) Informe 42/2017 sobre «Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP»

No hay novedades en lo que se refiere al expediente de los contratos menores de obras (art. 118.2), en el que debe constar como elemento añadido el presupuesto de las obras, el proyecto correspondiente cuando lo requieran normas específicas y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. Como elemento adicional a la tramitación del expediente, sí constituye una novedad el art. 118.4, en relación con el artículo 63.4 de la LCSP, de acuerdo con los cuales como mínimo la información del objeto, la duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad de la empresa adjudicataria de los contratos menores ha de publicarse de manera agregada, al menos trimestralmente, ordenándose los contratos por empresa adjudicataria, aunque se exceptúan los contratos de valor estimado inferior a cinco mil euros, si el sistema de pago utilizado es el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos menores.

Finalmente, en el artículo 118.3 de la LCSP, se establece que en el expediente de contratación de los contratos menores «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*». Se hace directamente responsable a los titulares de los órganos de contratación de verificar el cumplimiento de dicha obligación —«el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla»— y se exceptúa únicamente un supuesto muy concreto: «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º». Esta última remisión se hace a la causa habilitante de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad contenida en el artículo 168.a).2.º de la LCSP, relativa a la «no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial», que, se precisa en el precepto remitido «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».

Respecto de la justificación de no estar alterando el objeto del contrato menor para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, hay que entender que constituye una exigencia adicional de justificación para los contratos menores respecto de la obligación general de no fraccionamiento del objeto de los contratos establecida con carácter general para todos los contratos. Debe recordarse que en el artículo 99.2 de la LCSP, relativo al objeto del contrato, se establece en idénticos términos en que se hacía en el artículo 86.2 del TRLCSP que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Estaríamos ante

una exigencia adicional de justificación en los contratos menores que no se requiere para el resto de contratos sometidos a esta misma obligación, como ha señalado la Junta catalana en su Informe 1/2018.

También es necesario justificar que «el contratista» —ha de entenderse, el futuro contratista— no ha suscrito más contratos menores que «individual» o conjuntamente superen la cifra de 40 mil euros en el caso de obras o de 15 mil en el caso de servicios o suministros, es inequívocamente una justificación previa a la adjudicación y por tanto que tiene que llevarse a cabo con carácter previo a la contratación, de manera que tendrá por objeto la empresa que el órgano de contratación se está planteando contratar, en ningún caso respecto a la que ya es contratista.

En consecuencia, como requisito formal en los expedientes de contrato menor se establece la obligación de justificar dos concretos extremos: que no se está alterando el objeto del contrato menor para poder acudir a la contratación directa; que el contratista no ha suscrito más contratos menores cuyo valor estimado, individual o conjuntamente, supere los 40 mil euros en los contratos de obras y de 15 mil en los contratos de servicios y suministros. Debe insistirse en que es el órgano de contratación quien tiene la obligación de comprobar el cumplimiento «de esta regla». No obstante, se excluye de la regla de acumulación de cuantías los supuestos en que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por tratarse de la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única, porque no haya competencia por razones técnicas o porque proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Un supuesto de aplicación del procedimiento de contrato menor, pero de no aplicación de los límites sustantivos es el de *contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones* se recoge en la Disposición Adicional Novena de la LCSP, en la que se establece lo siguiente:

«l. 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 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.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico».

Esta previsión no constituye una novedad: en la Disposición Adicional Novena de la LCSP se establecen las mismas «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones» que ya se preveían en la disposición con igual numeración del TRLCSP. La única diferencia que se aprecia entre ambas disposiciones adicionales es la aplicación de esas normas en la nueva regulación también a otras contrataciones: si en el TRLCSP esas «normas especiales» se aplicaban a «la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas», mientras que en la nueva LCSP se consideran también aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

Este supuesto de aplicación del procedimiento de contratación menor ha sido estudiado por la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero.

En esencia, la regulación especial de los contratos de acceso a bases de datos y de suscripción a publicaciones suponen la aplicación a la adjudicación de dichos contratos de «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago». Esa remisión «en bloque» a las normas establecidas en la nueva Ley para los contratos menores hace que las reglas establecidas en el art. 118, incluidas las establecidas en el apartado 3, resulten de aplicación para la adjudicación de contratos que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. La única prescripción del art. 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de estos contratos, dado que expresamente se ha establecido que los que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se tramiten como contratos menores aunque no les correspondiese tal consideración atendiendo a su cuantía, siempre que no tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.

Por otra parte, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones resultará relevante la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de dichos contenidos, lo que tendría como consecuencia la imposibilidad de adjudicar esos contratos a operadores económicos que no sean los propietarios de esos derechos. En tales casos es posible recurrir a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto previsto en el art. 168.a).2.º

LCSP, existiendo una remisión en el inciso final del art. 118.3. No obstante lo anterior, el legislador ha optado por establecer una regla que permite la contratación directa, como contrato menor, de cualesquiera derechos de acceso a bases de datos o revistas, con independencia de que el proveedor tenga o no derechos exclusivos.

El límite en cuanto a la duración de los contratos menores está regulado en el art. 29.8 LCSP, en el que se mantiene sustancialmente lo antes establecido en el art. 23.3 TRLCSP, resultando que estos contratos «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga». No es una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, como se deduce de su ubicación en un precepto distinto del que establece las reglas de adjudicación. En el mismo sentido, se ubica en el Título I del Libro primero, dedicado a disposiciones generales, concretamente en el capítulo I, «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», mientras que el art. 118 está en el Libro segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, Subsección 1ª, relativa al «Expediente de contratación». Al no ser una regla «de procedimiento», no parece que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de los contratos de acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones regulados en la Disposición Adicional novena.

2. La aplicación de un límite temporal a la acumulación de cuantías

En el artículo 118.3, al establecer la regla de la acumulación de las cuantías de los contratos menores adjudicados a un contratista, con la posible consecuencia de la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores, no se establece un límite temporal, o al menos no se hace de forma expresa. La delimitación de límites, en primer lugar temporales, pero también objetivos y subjetivos implícitos en la norma parece un elemento necesario dada la premisa de que el legislador es racional y no va a establecer una regla que comportaría en la práctica la desaparición de una figura que, sin embargo, mantiene de forma expresa. Como acertadamente se afirma en el Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña respecto a la regla del art. 118.3, «una interpretación literal lleva a una solución, que, además de no entenderse adecuada por desproporcionada, no parece ser la querida por la norma, en la medida en que limita la suscripción de contratos menores con una misma empresa por una cifra superior a la del

umbral respectivo de estos contratos, sin acotar el ámbito objetivo, subjetivo y temporal». Esto lleva a la necesidad de una interpretación, en primer lugar teleológica, que permita determinar los límites razonables de la regla de incompatibilidad y, en primer lugar, de sus límites temporales.

Es preciso señalar que todos los pronunciamientos de órganos consultivos hasta ahora emitidos han coincidido en la apreciación de la existencia de un límite temporal. Es más, con respecto a ese ámbito temporal, todos los órganos consultivos en sus informes parecen haber partido del hecho de que esta limitación debía coincidir con el período de duración de los contratos menores. Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 29.8 LCSP, los contratos menores no pueden tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. En esa coincidencia ha podido influir que su duración es la única referencia temporal que aparece en la LCSP referida a este tipo de contratos, como expresamente se señala en algún caso, como en el Informe 1/2018 de la Junta catalana. Aceptados ambos extremos, es decir, tanto la existencia de un ámbito temporal específico para la aplicación de la regla de incompatibilidad por un encima de un determinado umbral y la concreción de ese período temporal en un año, la cuestión se centra en si ese año se tiene que computar por anualidad presupuestaria o por año como período temporal de 365 días, contado de fecha a fecha.

Sin embargo, la coincidencia sobre el período de un año no se ha extendido a su determinación y cómputo, como se examina en el correspondiente apartado.

3. La independencia de los tipos contractuales

La más polémica de las cuestiones que se han planteado en relación con la interpretación de la doble regla del art. 118.3 es la relativa al ámbito objetivo de la limitación introducida y, en concreto, si la posible incompatibilidad derivada de la limitación de la acumulación de contratos asignados al mismo empresario hay que entenderla establecida con independencia de la tipología y del objeto contractual de que se trate o, por el contrario, si sólo resultará de aplicación cuando se trate de contratos menores del mismo tipo y que tengan el mismo objeto.

Puede recordarse que, contrariamente a lo que se establecía en el TRLCSP 2011, en la Ley vigente los únicos contratos menores que se admiten son los de obras, suministros y servicios. Del tenor literal del art. 118.1, al definir los contratos menores, ha desaparecido cualquier referencia genérica, como la que si figuraba en el precepto equivalente de la legislación anterior. En el mismo sentido, una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista para incluir de forma expresa el contrato menor de gestión de servicios fue rechazada por el Congreso de los Diputados.

Dado que los límites establecidos para los contratos menores de obras, por un lado, y de suministros y de servicios, por otro, son diferentes, la referencia al «límite» del art. 118.3 puede entenderse referido no a cualquier contrato menor anteriormente celebrado por una empresa determinada, sino a los del mismo tipo contractual. Esto llevará a la interpretación es que se trata de un límite por empresario, por órgano de contratación y por tipo de contrato, referencia ésta a cómputos diferentes para los contratos de obra, suministro, o servicio. En este sentido se pronunció en primer lugar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero. La misma interpretación ha sido adoptada por otros órganos consultivos, como la Junta de Madrid en su Informe 1/2018, o la Junta del País Vasco en su Recomendación 1/2018.

No es una posición unánime, pero sí lo es que los contratos menores no pueden considerarse en bloque y de forma indiferenciada a todos los contratos menores y, en línea con este criterio común, la aplicación por tipologías sería la regla más restrictiva, de alguna manera el mínimo común divisor, aunque algunos órganos contractuales han ido más allá, entendiendo que el límite se aplicaría no ya únicamente dentro de un tipo contractual, sino por referencia a contratos menores con idéntico objeto.

En cuanto a la posición más restrictiva de las que se han expresado, en su Informe la Junta aragonesa examina la cuestión de si la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debe entenderse con independencia del objeto y características de los sucesivos contratos, de manera que la cifra a tener en cuenta sea el producto de la suma de los valores estimados de todos los contratos menores suscritos con un contratista durante el período a considerar —en principio, cada año— por un determinado órgano de contratación o, por el contrario, la suma a considerar pueda no ser única, sino variar en función del objeto y características del contrato.

La posición adoptada por la Junta de Aragón es considerar que la regla de incompatibilidad que se establece en el art. 118.3 debe operar respecto a la sucesión de contratos menores de una misma tipología que hayan sido adjudicados a un determinado contratista de manera sucesiva durante el período de aplicación. Es decir, que la regla no se aplicará respecto a todos los contratos menores suscritos anteriormente por una determinada empresa sino, respectivamente, entre los contratos menores de obras con el nuevo contrato menor de obras, o de servicios con el nuevo contrato menor de servicios o, finalmente, de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato menor de servicios que pretenda adjudicarse en el expediente en tramitación.

Para llegar a esta conclusión, en el Informe 3/2018 de la Junta aragonesa pone el énfasis en la finalidad, inequívocamente incluida entre los objetivos

que subyacen al art. 118.3, de prevenir la utilización de los contratos menores para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que deberían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si se hubiese cumplido adecuadamente el deber de planificación y programación contractual. En este sentido se recuerda la existencia de diversos pronunciamientos administrativos contrarios a la utilización de los contratos menores para cubrir necesidades periódicas o que hayan podido ser previstas con suficiente antelación (16). Como se señala literalmente en el informe, ese «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».

No es el único argumento utilizado por el órgano consultivo aragonés, sino que también se apoya en el primer inciso del art. 118.3, en el que se establece la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que sólo podrá haber fraccionamiento del objeto entre contratos de la misma tipología.

La Junta aragonesa considera incluidos a efectos del límite objetivo también los supuestos de contratos en los que se utilice el mecanismo de anticipo de caja fija. En este sentido se esgrime que en el art. 63.4 LCSP, se considera de forma expresa que entran en la categoría de menores 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», aunque sea para excluirlos del deber de publicación, como mínimo trimestral, a que se somete al resto de los contratos menores.

V. DISCREPANCIAS EN LAS INTERPRETACIONES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

Por supuesto, la cuestión más llamativa en la materia estudiada es la existencia de discrepancias entre los distintos órganos consultivos especializados en contratación pública, los más relevantes de los cuáles se refieren al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3, pero no únicamente a esa cuestión.

(16) Además de la referencia genérica, en el informe se cita explícitamente al Tribunal de Cuentas en su informe núm. 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.

1. El cómputo del período de acumulación de cuantías: ¿año natural o ejercicio presupuestario?

Como ya se ha señalado, al establecer la regla de la acumulación de las cuantías de los contratos menores adjudicados a un contratista, con la posible consecuencia de la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores, en el artículo 118.3 LCSP no se hace referencia a límite temporal, o al menos no se hace de forma expresa, contrariamente con lo que sucedía con el texto de la enmienda en el origen del precepto, en que se hacía referencia a la «anualidad». Ante esa evidencia, podría pensarse en que la voluntad expresa del legislador habría sido la aplicación de la regla de incompatibilidad sin límite temporal alguna. Sin embargo, este razonamiento no casa muy bien con el hecho de que el texto aprobado proceda de una enmienda transaccional, lo que lleva a pensar en una opción intermedia entre el texto de Proyecto de Ley —en el que no había regla de incompatibilidad alguna— y la enmienda —en que la regla propuesta comportaba la acumulación de cuantías durante una «anualidad»—, siendo lógico entender que la omisión de esa referencia temporal podría haberse debido, bien a un error de redacción o bien a que, dado que el año es el período máximo de ejecución de un contrato menor, el límite temporal anual se hubiese dado por sobreentendido.

En todo caso y en última instancia, la aceptación de la existencia de límites —aunque implícitos— para la acumulación de valores estimados y su determinación, límites en primer lugar temporales, pero también objetivos y subjetivos implícitos en la norma parece un elemento necesario dada la premisa de que el legislador es racional y no es esperable que vaya a establecer una regla que en la práctica comportaría la desaparición de una figura del contrato menor a medio plazo por falta de contratistas disponibles, dado que, sin embargo, la figura del contrato menor mantiene de forma expresa, en vez de desaparecer como se ha hecho con la otra forma de contratación directa por razón de la cuantía, el procedimiento negociado, que ya no es posible apoyar en el mero valor estimado del contrato. Como acertadamente se afirma en el Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña respecto a la regla del art. 118.3, entender otra cosa llevaría a una práctica prohibición completamente desproporcionada y que debería haber sido en todo caso objeto de una regla clara y precisa; en palabras de este órgano consultivo, «una interpretación literal lleva a una solución, que, además de no entenderse adecuada por *desproporcionada*, *no parece ser la querida por la norma*, en la medida en que limita la suscripción de contratos menores con una misma empresa por una cifra superior a la del umbral respectivo de estos contratos, sin acotar el ámbito objetivo, subjetivo y temporal». Esto lleva a la necesidad de una interpretación, en

primer lugar teleológica, que permita determinar unos límites razonables de la regla de incompatibilidad, el primero de los cuales lógicamente será el período temporal de cómputo.

Como ya se ha señalado con anterioridad, todos los órganos consultivos en los informes hasta ahora emitidos sobre la cuestión han coincidido en apreciar la existencia de un límite temporal implícito. También han coincidido en que el período en cuestión es de un año, haciéndolo así coincidir con el período máximo de duración de los contratos menores (artículo 29.8 LCSP). En el origen de esa coincidencia probablemente esté que en la duración máxima anual está la única referencia temporal que aparece en la LCSP con relación a los contratos menores, como expresamente se señala en algún caso, como en el Informe 42/2017 de la Junta del Estado o el Informe 1/2018 de la Junta catalana. Aceptados unánimemente tanto la existencia de un ámbito temporal específico para la aplicación de la regla de incompatibilidad por un encima de un determinado umbral, como la concreción de ese período temporal en un año, la cuestión se ha centrado en el cómputo de ese período o, más concretamente, en si ese año se tiene que computar por anualidad presupuestaria o por año contado de fecha a fecha.

Como ya se ha señalado, la coincidencia sobre el período de un año no se ha extendido a su determinación y cómputo. Al respecto hay dos posiciones: la mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la que ha sido sostenida por el resto de los órganos consultivos, comenzando por la opinión expresada por la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón en su Informe 3/2018.

La posición de la Junta estatal es que para apreciar si concurre la incompatibilidad de un contratista derivada de que haya sido adjudicatario de contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales establecidos, el límite temporal ha de ser el mismo que el de la duración máxima de este tipo de contratos, establecida en el ya citado artículo 29.8 LCSP en un año: «Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga». En consecuencia, la Junta estatal en su Informe 42/2017, argumenta que el límite temporal tiene que ser precisamente el que marca la Ley respecto de la duración de los contratos menores.

En cuanto al cómputo de ese plazo de un año, basándose en el hecho de que la LCSP no contempla otro trámite que la incorporación de la factura en el expediente, considera que ése tiene que ser el punto de referencia para cómputo. Desde esa referencia, de acuerdo con el criterio del órgano estatal, ese año deberá ser contado hacia atrás desde el momento de la aprobación del gasto del nuevo contrato. En el mismo sentido, contraargumentando la opinión de la Junta aragonesa, declara que el cómputo por ejercicio presupuestario

no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del ejercicio, tratándose de una opción convencional y menos segura.

Por otra parte, la regla sería de aplicación con carácter inmediato a partir de la entrada en vigor de la LCSP —es decir, a partir del 9 de marzo de 2018—, por tanto teniendo en cuenta a estos efectos también los contratos menores que se hayan adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor y, por tanto, durante la vigencia del TRLCSP de 2011, en el que no se incluía una regla semejante. A este extremo se refiere la Junta estatal en el Informe 5/2018, negando que se trate de una aplicación retroactiva de la LCSP, ya que *«no se puede decir que la nueva ley se aplique a un contrato menor regido por la ley precedente, sino que dicho contrato se emplea como antecedente necesario para verificar si en el nuevo contrato se cumplen las condiciones impuestas por la nueva ley»*.

A este criterio se le han hecho diversas críticas, entre ellas que puede chocar con el requisito de aprobación de gasto que también exige el artículo 118.1, si no hay dotación presupuestaria en el correspondiente ejercicio (17). Por otra parte, difiere de la conclusión a que han llegado la totalidad de los órganos consultivos autonómicos. Estos se han pronunciado a favor de la anualidad presupuestaria, empezando por la Junta Consultiva de Contratos Públicos de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, en el que consideró aplicable el criterio de la anualidad presupuestaria que está directamente conectado tanto con la preceptiva planificación contractual, como con los controles financieros que ha de realizar la Intervención, esgrimiendo además que tanto los trabajos parlamentarios como los antecedentes legislativos apuntan en esa misma dirección.

El criterio de la Junta aragonesa, seguido por el resto de los órganos consultivos autonómicos, aunque pueda apoyarse en argumentos sistemáticos, comparados y en los trabajos parlamentarios, es esencialmente un criterio realista: es realmente muy difícil en la práctica aplicar el criterio defendido por la Junta estatal y es además muy poco conveniente. Ha de tenerse en consideración que la regulación contenida en el art. 118 tiene como finalidad introducir una limitación que se ha de justificar en los expedientes de contratación y que claramente ha de considerarse vinculada a la preceptiva programación a que están obligados los órganos de contratación y que estos habrán de hacer tomando como base el ejercicio presupuestario —el art. 28.4 LCSP hace referencia a la actividad de contratación pública que se vaya a desarrollar en

(17) Esteban UMEREZ (2018): «Pronunciamientos relevantes de la Junta Consultiva de Contratación sobre la nueva LCSP (I) Contratos menores», en <https://www.umerez.eu/blog/2018/3/3/pronunciamientos-relevantes-de-la-junta-consultiva-de-contratacion-sobre-la-nueva-lcsp-i-contratos-menores>.

un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales—, por lo que un criterio pragmático lleva, ante la ausencia de concreción legal, a hacer coincidir el período de cómputo a efectos de incompatibilidad con el año presupuestario, permitiendo una aplicación efectiva y con un esfuerzo razonable.

La Xunta Consultiva de Contratación de Galicia, en su Informe 1/2018, de 25 de abril, se pronuncia por el ejercicio presupuestario, que considera equivalente al «año natural», es decir, el que va de 1 de enero a 31 de diciembre. Para ello hace dos grupos consideraciones, uno primero apoyada en lo que ha sido la práctica administrativa más común, que llevaba a considerar que los contratos menores no sólo tienen una duración máxima de un año, sino que se ejecutan durante un único ejercicio presupuestario, a la que se une la práctica del control presupuestario:

«Con carácter general, partiendo de la base de que los contratos menores se ejecuten en el año natural, parece adecuado que el período temporal que debe tener en cuenta la Administración y las entidades del sector público sea el indicado ejercicio presupuestario. A mayores, considerando que las actividades de control previstas en la normativa presupuestaria y contractual están siempre referidas al ejercicio presupuestario, este órgano consultivo se inclina por esta opción».

A ello se une un argumento sistemático, basado en las reglas de cálculo del valor estimado para los contratos de suministro y de servicios, aunque el argumento no parece completamente claro en cuanto a su formulación:

«A falta de concreción en el texto, entendemos que podemos acudir, de nuevo, a las reglas de cálculo de valor estimado para fundamentar un criterio sobre esta cuestión. El artículo 101.10 de la LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, permite optar para el cálculo del valor estimado entre dos magnitudes, básicamente, el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos; o el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega. Como indica el artículo 101.4, “la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de substraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”».

2. Límites objetivos: ¿el art. 118.3 contiene un mero recordatorio de la prohibición de la fragmentación del objeto del contrato?

Puede recordarse que en el artículo 118.3 LCSP se establece una obligación formal de justificar que no se está alterando el objeto del contrato para poder utilizar la figura del contrato menor y, además, «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*», en realidad cifras, dado que se trata de 15 mil euros para los contratos de suministro y servicios, pero se eleva a 40 mil para los contratos de obra.

Como ya se ha señalado, la más discutida de las cuestiones que ha suscitado la interpretación de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 es la relativa al ámbito objetivo de cómputo a efectos de la limitación introducida y, en concreto, si la posible incompatibilidad derivada de la limitación de la acumulación de contratos asignados a una misma empresa hay que entenderla establecida con carácter general e incondicionado, con independencia del tipo del contrato y del objeto contractual de que se trate o, por el contrario, si sólo resultará de aplicación dentro de cada una de las tres tipologías que están admitidas para los contratos menores (obras, suministros y servicios) o, es más, sólo cuando se trate de contratos menores que tengan el mismo objeto.

Una primera interpretación, a la que ya se ha hecho referencia como una suerte de mínimo común divisor, es que estamos ante un límite por empresario, por órgano de contratación y por tipo de contrato, referencia ésta a cómputos diferentes para los contratos de obra, suministro, servicio. En este sentido se pronunció en primer lugar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, posición también mantenida por los órganos consultivos de la Comunidad de Madrid y de la Comunidad Autónoma Vasca. Sin embargo, determinados órganos consultivos han ido más allá, entendiendo que no sólo el tipo contractual, sino el propio objeto del contrato delimitará el ámbito del cómputo a efectos de una posible incompatibilidad de determinados licitadores. En este sentido se han pronunciado tres órganos consultivos especializados: la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en sus informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018; la Junta Consultiva de Galicia en su Informe 1/2018; y la Junta Consultiva de Cataluña en su Informe 1/2018.

La Junta estatal fue la primera en pronunciarse en este sentido, concluyendo en sus informes que será posible no tener en cuenta el límite establecido para cada empresa cuando las prestaciones de los diversos contratos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Esta circunstancia se dará bien cuando los objetos de los sucesivos contratos sean cualitativamente distintos o, incluso, cuando, siendo equivalentes las prestaciones que constituyen el objeto de los sucesivos contratos, no se susciten dudas de que no constituyen una unidad de ejecución ni en lo económico ni en lo jurídico. De acuerdo con estos criterios:

«La ley 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».

La Junta estatal parte de la idea de que el objeto, exclusivo, de la regla del art. 118.3 es prevenir la fragmentación indebida del objeto del contrato,

a lo existiría una cierta proclividad, precisamente para poder utilizar la figura del contrato menor. En consecuencia, recurre a la regulación general de lo relativo a la fragmentación del objeto de los contratos, que es de donde sale el concepto de «unidad de ejecución». En este sentido, también en el artículo 99 LCSP, en el que se incorpora el principio general de licitación separada de cada una de las partes de una prestación mediante su división en lotes, se prohíbe el fraccionamiento indebido y se establece que las normas de publicidad y procedimiento aplicables deberán determinarse en función del valor estimado acumulado del conjunto.

El concepto de «objeto cualitativamente distinto» no parece estar suficientemente determinado. Por otra parte, la Junta estatal atiende únicamente al objetivo de evitar fraccionamientos fraudulentos: «*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*»). Se argumenta en el siguiente sentido:

«...la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual 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*».

En suma, la Junta Consultiva del Estado en sus informes 41/2017 y 42/2017, interpreta que la finalidad de la limitación es evitar la división arbitraria del contrato para sortear los umbrales máximos del contrato menor. Ello junto a la idea también expresada por ese órgano consultivo de que una interpretación diferente, de un excesivo rigorismo, llevaría a resultados indeseables, como la imposibilidad de encomendar sucesivos contratos menores a un operador económico incluso siendo sus objetos cualitativamente distintos. Es por ello que circunscribe la aplicación de la regla de incompatibilidad a la reiteración de prestaciones que constituyan una «unidad de ejecución en lo económico y lo jurídico», pero que la limitación no tiene que operar respecto de objetos equivalentes si «no hay ninguna duda» de que no constituyen dicha unidad.

La conclusión del Informe 42/2017 es contundente:

«La ley 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 eso, 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.»

Esta posición ha encontrado la plena y entusiasta adhesión de la Junta consultiva gallega en el Informe 1/2018, de 25 de abril. El razonamiento de este órgano autonómico es conciso y contundente:

«... a nuestro juicio, nueva LCSP no introduce en este aspecto ninguna modificación sustantiva en el régimen de los contratos menores. Se limita a remitirse a las normas generales de la Ley y a exigir de forma explícita una exigencia [sic] de justificación expresa de un aspecto que ya se debía considerar aplicable al amparo del régimen legal anterior, en el que, obviamente [sic], también existía la regla de prohibición del fraccionamiento del objeto de los contratos».

La posición de la Junta consultiva gallega es evidentemente discutible, aunque desde luego respetable, aunque su argumentación roza el desparpajo —quizá incluso superándolo— cuando se señala que entender que en el art. 118.3 existe un límite a la cuantía de los contratos menores que puede suscribir una determinada empresa es un «exceso interpretativo».

Se ha señalado que al fijar su posición, el órgano consultivo estatal no parece haber tenido suficientemente en cuenta los objetivos de publicidad, competencia e integridad perseguidos por la normativa europea y nacional, a los que resultaría más adecuado el criterio de límites cuantitativos «por empresario, por órgano de contratación y por tipo de contrato» (18). Por ello se ha señalado que la interpretación defendida por la Junta estatal supondría que nada hubiese cambiado en cuanto a los aspectos sustantivos con la regulación de los contratos menores incluida en la nueva Ley de contratos, además de prescindir como fuentes de interpretación de documentos comunitarios europeos como la Directiva 2014/24/UE o la ya citada Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo {SWD(2016) 263 final} Bruselas, 27.7.2016 COM(2016) 518 final (19).

Aparte de la cuestión de si con este criterio interpretativo puede contribuirse a reducir el abuso hasta ahora constatado de la contratación menor, lo

(18) UMEREZ (2018).

(19) Víctor ALMONACID LASIERRA (2018): ««Sigan sigan...»: a vueltas con los Informes de la Junta Consultiva en materia de contratos menores», <https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/03/05/sigan-sigan-a-vueltas-con-los-informes-de-la-junta-consultiva-en-materia-de-contratos-menores/>.

cierto es que en la práctica administrativa va a resultar un criterio muy poco claro, ya que a la postre se trata de un criterio interpretativo que será objeto de reinterpretación constante en cada caso concreto (20). Esta falta de claridad, junto con el creciente interés de la jurisdicción penal en esta materia, coloca al gestor en una situación de riesgo, sin criterios claros que poder oponer a una eventual presión política y sin razones de peso frente a una eventual investigación por prevaricación administrativa.

Este tipo de consideraciones han podido llevar a órganos que siguen básicamente la interpretación de la Junta estatal a introducir algún matiz.

En este sentido, la Junta catalana, aún coincidiendo sustancialmente con el criterio de la Junta estatal, señala que junto a la finalidad de evitar el fraccionamiento hay que entender presente en el art. 118.3 una intención de aumentar la competencia «diversificando» las empresas con las que suscribir contratos menores. Por ello, «la limitación de no contratar con la misma empresa más de un determinado volumen de contratos tiene todo el sentido en el caso de que se trate de contratos con un mismo objeto, ya que es respecto de estos que se establece la competencia entre empresas existentes en un determinado mercado».

Es decir, sería la similitud del objeto el elemento determinante que obliga a la acumulación de cuantías, no limitándose ésta a los casos de fraccionamiento indebido del contrato, como hace la Junta estatal. Como señala la Junta catalana en su informe 1/2018, en caso de fraccionamiento ilegal lo que se dará será una serie de contratos nulos por haber prescindido total y absolutamente establecido y no puede entenderse que a eso se limite el art. 118.3: si los sucesivos contratos menores son nulos, no tiene sentido plantearse su acumulación.

En consecuencia, la Junta catalana prescinde del criterio de la «unidad funcional», aunque hace una interpretación muy cercana, entendiendo que la acumulación sólo será obligatoria y, por tanto la regla de incompatibilidad sólo se aplicará cuando no sólo los contratos pertenezcan al mismo tipo contractual, sino que además tengan objetos idénticos o, al menos, muy similares:

«...se considera que la limitación de contratar con una misma empresa contratista un determinado volumen de contratos menores cumple con su finalidad y tiene su razón de ser respecto de *contratos con los mismos objetos*, y que esta limitación no sólo opera respecto de contratos menores nulos de pleno derecho por resultar del fraccionamiento indebidamente del objeto de un contrato mayor.

Con respecto a la concreción de cuándo debe entenderse que se trata de los mismos objetos, y en concreto, respecto de la cuestión de *si tiene que tratarse de contratos idénticos o es suficiente que sean similares*, hay que entender que tienen

(20) ALMONACID LASIERRA (2018).

que ser contratos que tengan por objeto las mismas prestaciones, sustancialmente, sin que, tratándose de un contrato con varias prestaciones, la incorporación o la supresión de alguna de ellas se considere suficiente para permitir que se contrate a una empresa a la cual ya se le ha adjudicado el volumen máximo de contratos menores para el respectivo periodo. No se considera, por lo tanto, necesario que para que la limitación opere tenga que tratarse de contratos con una coincidencia exacta de prestaciones, de manera que se permitiera esquivar la aplicación de la limitación con pequeñas modificaciones de los objetos contractuales».

3. Límites subjetivos. En especial, ¿permiten la desconcentración o delegación de la contratación multiplicar el límite aplicable a los contratos menores?

Un elemento relevante para la aplicación de los límites cuantitativos derivados del art. 118 y especialmente de la regla de incompatibilidad del art. 118.3, que limita la cuantía de los contratos menores que pueden ser asignados a un determinado contratista. Podría plantearse que la acumulación de cuantías deba hacerse por Administración o persona jurídica a la que las reglas sean aplicables, por órgano de contratación o, finalmente, por unidad administrativa destinataria del bien o servicio a contratar, teniendo en cuenta o no las delegaciones para contratar que puedan haberse otorgado.

No todas las posibles interpretaciones ha sido asumidas en alguno de los informes administrativos que hasta ahora se han pronunciado sobre ello. Una primera posición es la sostenida por los órganos consultivos de Aragón y Madrid, que apoyan la regla del órgano de contratación, sin que la existencia de delegaciones pueda alterar la regla de cómputo. Una segunda, mucho más flexible, es la del órgano consultivo de Galicia, que la refiere a las unidades administrativas (quizá coherente con la interpretación de este órgano consultivo respecto a los criterios objetivos para el cómputo, respecto a los que sigue la regla de la «unidad de ejecución»).

La Junta aragonesa, en su Informe 3/2018 reconoce el hecho evidente de que en el art. 118.3 no se establece expresamente cuál sea el ámbito subjetivo, desde la perspectiva de la Administración pública o poder adjudicador a los que resulte aplicable, lo que obliga a plantearse la cuestión de si la regla de incompatibilidad se aplica a cada entidad contratante como tal o bien, aplicando más flexiblemente la regla, debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación que imputan su actuación a una determinada entidad. El órgano consultivo aragonés no parece plantearse la posibilidad de que pueda haber otra interpretación posible a las que plantea como alternativa: persona jurídica u órgano de contratación.

El órgano consultivo aragonés «se inclina por considerar que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de los órganos de contra-

tación», y ello porque el art. 118.3 contiene una referencia expresa a que *serán los órganos de contratación los que «comprobarán el cumplimiento»* de la regla de incompatibilidad. De ello puede deducirse que las adjudicaciones de contratos menores por parte de un órgano de contratación no impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad «adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad».

Sin embargo, el órgano consultivo aragonés no considera posible flexibilizar más la regla en función de que se haya podido producir una delegación de la competencia para contratar en otro órgano de la propia entidad. En este sentido, en el Informe 3/2018 se trae a colación lo previsto para los casos de delegación de competencias en el art. 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

«Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante».

Si las resoluciones dictadas por delegación se consideran dictadas por el órgano delegante, la consecuencia de ello en el ámbito de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 es que «mediante la delegación de competencias no podrá desactivarse la regla de incompatibilidad, pues el importe conjunto de los contratos menores adjudicados con anterioridad que habrá de comprobarse a efectos verificar el cumplimiento de la incompatibilidad será el correspondiente a los contratos que deban considerarse adjudicados por el órgano delegante en virtud del artículo citado».

Por el contrario, la Junta gallega en su Informe 1/2018 pone el acento en la existencia de una autonomía en la toma de decisiones por parte del órgano delegado, en cuyo caso los contratos que celebre deberán ser considerados separadamente (énfasis añadido):

«... esos órganos administrativos que cuentan con esta delegación y por lo tanto funcionan *como una unidad funcional separada* por ser responsables de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, y cuentan con *presupuesto propio para contratar*, los valores de la contratación de bienes y servicios pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. De la Directiva y de la LCSP se deduce que en estos casos se entiende que *existe una razón objetiva para la consideración separada del contrato* (la autonomía decisoria en la contratación con cargo al propio presupuesto) y que, por lo tanto, resulta lícito. Naturalmente, distintos serán los casos, a los que alude la Directiva, en los que no existe una autonomía real en la adquisición por limitarse la unidad funcional y ejecutar una decisión que viene adoptada por el órgano de contratación en el marco de una contratación realmente organizada por este».

Se trata de una argumentación atendible desde un punto de vista teleológico, pero que ignora una regla perfectamente establecida, no ya en el derecho vigente, sino en nuestra tradición jurídica, de acuerdo con la cual los acuerdos adoptados por el el órgano delegado se imputan al delegante —sin excepciones— e introduce un criterio difícilmente compatible con la seguridad jurídica: ¿cuándo es bastante la autonomía funcional acordada al delegado para considerar que concurre la «razón objetiva» para una consideración separada de los contratos celebrados por él?. Esa autonomía será un hecho fáctico, porque desde un punto de vista jurídico no cabe ninguna duda de que una delegación puede ser revocada en cualquier momento y con efectos inmediatos por el órgano delegante, que será además quien resuelva los eventuales recursos administrativos que puedan plantearse contra las actuaciones del órgano delegado.

Conectado con el ámbito subjetivo, debe recordarse el pronunciamiento de la Abogacía General del Estado en el Dictamen 2/2018, de 17 de enero, en el que como consecuencia de una consulta del Instituto de Crédito Oficial, se pronuncia sobre la aplicación del régimen de los contratos menores también a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública (PANAP) sobre la base de las similitudes entre el art. 318, a) y el art. 118 LCSP.

El art. 318 se inserta en el título dedicado a los «Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas», y tiene como título «Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada». De acuerdo con este precepto:

«En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato».

Aunque en el citado artículo no se empleen los términos «contratos menores» ni haya una remisión expresa al art. 118, la Abogacía del Estado entiende que el precepto encierra «una decisión deliberada del legislador», que «está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores». En consecuencia, si los contratos del art. 318, a) son contratos menores resulta lógico que se les aplique el régimen de los contratos menores. El art. 118 incorpora «ciertas cautelas» encaminadas a evitar el «uso abusivo» de los contratos menores que resulta lógico aplicar a los contratos menores de los PANAP dados los objetivos generales de la Ley, de conseguir un sistema de contratación pública «más eficiente, transparente e íntegro». Podríamos añadir que una de las características de la LCSP ha sido reducir la diversidad de regí-

menes contractuales, unificando el régimen de contratación de los PANAP con el régimen general, por lo que la equiparación realizada por vía interpretativa por la Abogacía del Estado resulta plenamente coherente.

Los términos en que se expresa la Abogacía General del Estado han sido hechos suyos, en términos casi literales, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, sin fecha.

VI. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS Y CONTRATOS MENORES

Una cuestión que se ha también suscitado es si, dadas las finalidades de la regulación de los contratos menores, la introducción de determinados trámites que puedan favorecer la concurrencia, como la publicación de una convocatoria o la solicitud de diversas ofertas, podría evitar la aplicación de la regla de acumulación de cuantías adjudicadas a un único operador económico y, en consecuencia, la consiguiente incompatibilidad para contratar. Tanto la Junta consultiva aragonesa, en el Informe 3/2018, como su homóloga catalana, en el Informe 1/2018, han sido reticentes a aceptar esta posibilidad, entendiéndose que los mecanismos para evitar las reglas de incompatibilidad son la utilización de los procedimientos contractuales ordinarios regulados en la LCSP, en especial el procedimiento abierto abreviado y el procedimiento abierto abreviado sumario.

El procedimiento para la adjudicación de un contrato menor precisa de un informe de necesidad, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de contratación de la correspondiente factura. No es necesario publicitar la licitación ni promover la concurrencia, aunque nada lo impide y muchas administraciones públicas incluyen en las bases de ejecución de sus presupuestos la publicación previa de la licitación de contratos menores o la consulta a tres o más empresarios con carácter previo a la adjudicación. Incluso en algún caso esta última medida ha sido introducida de forma obligatoria para determinadas cuantías por el legislador autonómico, pudiendo citarse en este sentido el art. 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

Sin embargo, estos supuestos no están contemplados en el art. 118.3 LCSP, en el que no se matiza su aplicación a aquellos contratos menores cuya adjudicación no haya sido directa, sino consecuencia de una licitación con publicidad o con concurrencia. Podría haberse previsto, puesto que la finalidad de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 se enmarca en una estrategia para reducir la contratación directa y limitarla a determinadas situaciones, evitando su utilización como un mecanismo ordinario de contratación. Debe

entenderse que en el art. 118.3 se plasma una estrategia más general de la que forman parte también otras medidas que tienen esa misma finalidad, señaladamente la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación del procedimiento abierto simplificado, como se manifiesta en el Preámbulo de la LCSP.

En todo caso, la naturaleza del contrato menor es la de un «procedimiento de adjudicación» definido por unos límites cuantitativos que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, ubicado entre los procedimientos de adjudicación, lo que se mantiene en la LCSP, en la que el art. 118, relativo al «expediente de contratación de los contratos menores» se sitúa en el ámbito de la regulación de la «preparación de los contratos de las Administraciones Públicas».

La Junta aragonesa, partiendo de lo anterior, admite que mediante una interpretación teleológica restrictiva podría quizá defenderse que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 118.3 LCSP únicamente debería operar en supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad ni concurrencia. Pero, señala, «no parece haber sido éste el criterio del legislador». En este sentido son esclarecedores los trabajos parlamentarios: si el procedimiento abierto simplificado se introdujo como un sustituto del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, cuando se aprueba un régimen más restrictivo para la forma subsistente de contratación directa por razón de la cuantía —los contratos menores—, se introduce mediante una enmienda parlamentaria un nuevo procedimiento, todavía más simplificado.

El examen de los trabajos parlamentarios es esclarecedor: la introducción en la LCSP del procedimiento abierto simplificado «sumario» es producto de la Enmienda núm. 125, enmienda de adición presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de la que ha resultado el art. 159.6 LCSP en términos casi idénticos a los propuestos. En la justificación de esta enmienda se alude a que sería (énfasis añadido):

«ineludible prever un *procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores* y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad que se han comportado como canales de tramitación ágil de la contratación pública con un valor económico no muy significativo si bien no respetando la publicidad y la concurrencia abiertas».

Se añade seguidamente que

«la articulación de un procedimiento abierto simplificado y «sumario», para estas franjas de valor de la contratación que se proponen, puede representar un salto de eficiencia en la contratación, *sustituyendo todos los ajustes a los contratos menores que se están realizando desde las administraciones públicas exigiendo en el contrato menor un mínimo de proposiciones presentadas*. Téngase en cuenta que muchos ayuntamientos ya han derivado su contratación menor a portales de

licitación electrónica en los que se garantiza una concurrencia abierta con publicidad y se potencia el proveedor local si bien esta “reconversión” de la contratación directa tiene escaso soporte normativo».

Puede decirse que la voluntad del legislador está claramente expresada en la aceptación parcial de la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, respecto a la reducción del valor estimado máximo permitido para los contratos menores (durante la tramitación parlamentaria se han bajado los umbrales que figuraban en el Proyecto de Ley, si bien no tan drástica como la que se propugnaba en la enmienda), y de la Enmienda núm. 125, del mismo Grupo parlamentario, de la que procede el «procedimiento abierto simplificado sumario», pensado como procedimiento de contratación a seguir cuando se hayan excedido los límites del contrato menor.

En consecuencia, parece claro que la voluntad del legislador es que cuando se excedan los límites del contrato, se acuda al procedimiento abierto simplificado, incluso al denominado en la enmienda en que tiene su origen como procedimiento abierto «sumario» para facilitar esta exigencia, utilizable en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, sin restricción alguna respecto al número de veces en que dichos procedimientos pueden ser utilizados en cada ejercicio presupuestario. El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, con unos plazos mínimos de presentación de ofertas de cinco o diez días hábiles según los casos, con exención expresa a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional y sin requisitos procedimentales adicionales, hasta el punto de que la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación. En la medida en que tales elementos mínimos sean seguidos en la licitación y adjudicación de los contratos, no resultarán aplicables las restricciones establecidas para el contrato menor, específicamente la limitación de los contratos —o mejor, de su cuantía acumulada— a un determinado empresario.

Puede concluirse que la publicidad previa del contrato aporta una mayor transparencia, pero no es suficiente para alterar las restricciones legales. Entender otra cosa «supondría de facto la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley, con el fin de sortear la limitación establecida en el art. 118.3 LCSP», como señala la Junta aragonesa en su informe. Con independencia de que la cuantía del valor estimado en sí misma permitiera la tramitación de un determinado expediente contractual como contrato menor, puede utilizarse cualquiera de los procedimientos establecidos legalmente, tal como el abierto

ordinario, el abierto simplificado —en su modalidad ordinaria o en la que en los trabajos parlamentarios se denomina sumaria—, con el efecto de que los límites que el legislador ha establecido para los contratos menores no resultarán aplicables. Concluye la Junta aragonesa que «la aplicación de mecanismos de publicidad y fomento de la competencia a los contratos menores, no sólo es lícita, sino que puede ser recomendable, pero no es en sí misma suficiente para evitar la aplicación de los límites contenidos en el art. 118.3 LCSP. Para ello será necesario que, como mínimo, se cumplan los requisitos del procedimiento abierto simplificado sumario».

La nueva regulación ha suscitado un gran descontento en determinados medios, considerando que los nuevos procedimientos no son suficientemente ágiles para las necesidades que se venían cubriendo mediante los contratos menores bajo la vigencia de la normativa anterior. Es necesario reconocer que es claro que cualquier procedimiento, por ágil que sea, no puede ser tan ágil como un mecanismo que se caracterizaba por la práctica ausencia de procedimiento. Existe pues un enfrentamiento entre el legislador, que introdujo de forma unánime la nueva regulación, y determinados medios administrativos, que consideran que ello se ha hecho desde el desconocimiento de la realidad. Es en este ámbito en el que ha incidido el ya citado Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, aprobado por la Comunidad Autónoma de Aragón. De acuerdo con el Preámbulo de la norma:

«el procedimiento abierto simplificado no satisface en ninguna de sus modalidades las necesidades de contratación expuestas, dado que en la alternativa más favorable el procedimiento se extenderá más allá de un mes. No permite dar respuesta, por ello, ni a las necesidades ordinarias de contratación de pequeña cuantía habituales en gran parte del territorio aragonés ni a las necesidades perentorias que han de atender las administraciones y que no pueden satisfacerse por esta vía ni declarando urgente otro procedimiento o apli— cando, indebidamente, la tramitación de emergencia».

En consecuencia, se modifica *la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón*, añadiendo un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 4, con un procedimiento super-simplificado consistente en la publicidad en el perfil de contratante, incluyendo los criterios de adjudicación y un plazo de presentación de proposiciones no inferior a cinco días hábiles. Cuando se siga este procedimiento, no habrá acumulación que pueda acarrear una incompatibilidad para determinados contratistas:

«Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo

procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante».

La cuestión es, claro, si estamos ante un «desarrollo» del régimen de los contratos menores, para lo que sería competente el legislador regional, o ante una excepción a una norma básica, para lo que no tendría competencia suficiente.

VII. ¿ESTÁ CAMBIANDO LA MAREA? EL AGIGANTADO CONTRATO MENOR EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La regulación actual es producto de una toma de posición política contra la «contratación directa» cuando esta facilidad es permitida a la Administración pública por meras razones de cuantía, aunque cabe preguntarse si ante la presión ejercida desde instancias administrativas, el legislador va a mantener su posición. Han sido numerosos los pronunciamientos sobre las grandes dificultades en los que los parlamentarios, con su desconocimiento del funcionamiento real de la Administración iban a provocar con la introducción las garantías que rodean actualmente la contratación directa, con especiales referencias a la Administración sanitaria, o a los pequeños municipios o a la investigación (21).

En este último ámbito el legislador parece haber encontrado la resistencia especialmente difícil, de manera que la primera modificación de la LCSP se ha producido precisamente en lo relativo a los contratos menores. El cambio se ha introducido mediante la disposición final cuadragésima cuarta, dos, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018:

«Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, se introduce una nueva disposición adicional quincuagésima cuarta, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, *tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema*

(21) Entre otras cosas por su conocimiento directo de la problemática tienen un gran interés las reflexiones de Charo DELGADO FERNÁNDEZ (2018): «¿Por qué la Universidad pide una moratoria en la aplicación de la LCSP?», en el blog de María Pilar BATET, *La parte contratante*, accesible en <https://lapartecontratante.blog/2018/07/15/por-que-la-universidad-pide-una-moratoria-en-la-aplicacion-de-la-lcsp/>.

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”».

La excepción para la «ciencia» ha sido producto de una una enmienda transaccional presentada por el PSOE y Ciudadanos, pero ha sido aprobada por unanimidad. (22) Curiosamente, la opción adoptada por los diputados ha sido la de establecer un régimen excepcionalmente amplio para los contratos menores en el ámbito de la investigación científica, en vez de la exclusión de los contratos celebrados en ejecución de contratos de investigación del ámbito de aplicación de la legislación de contratos, que era la regulación anterior y que fue otra de las posibilidades barajadas durante la tramitación parlamentaria (23).

(22) Vid. Julio GONZÁLEZ GARCÍA (2018): «Contratos menores para la ciencia», accesible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/05/23/contratos-menores-ciencia/>.

(23) Enmienda núm. 3.311 del Grupo Parlamentario Ciudadanos, por la que se proponía añadir un párrafo segundo al art. 8, remitiendo este tipo de contratos a la legislación patrimonial. En la motivación de la enmienda se señala, entre otras cosas, lo siguiente:

«Sin embargo, la entrada en vigor de esta Ley también puede tener efectos menos positivos a la hora de la gestión de los proyectos de investigación y desarrollo. *Entre los efectos no deseados y que han sido públicamente denunciados por la comunidad científica, se encuentran la derogación de algunas excepciones que figuraban expresamente recogidas en el artículo 4 de la anterior normativa* (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) al objeto de simplificar los procedimientos de gestión de proyectos de investigación y desarrollo celebrados por organismos públicos. En efecto, el mencionado artículo 4 establecía: «1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas (?) q) Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la de los Diputados ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.» *La eliminación de esta excepción puede tener como consecuencia directa un incremento muy significativo del número de procedimientos que deben promover los centros públicos de investigación, suponiendo demoras en las ejecuciones de los proyectos y, por tanto, poniendo en peligro el buen desarrollo de su ejecución resultados».*

La nueva regulación es un tanto sorprendente, en la medida en que parece —la formulación no es precisamente clara— dismantlar todo el sistema del contrato menor para todo un conjunto de sujetos, respecto a una parte de su actividad, algunos de los cuales, como las universidades públicas, tienen (o deberían tener) capacidad técnica suficiente para aplicar correctamente una normativa, como la contenida en la LCSP, que obliga íntegramente a sujetos públicos como los pequeños municipios. La presión expresada públicamente por diversos investigadores, algunos de ellos ciertamente eminentes en sus propios campos científicos —aunque todos invariablemente ajenos al jurídico—, junto con la inexistencia de casos de corrupción dignos de mencionar en este campo está muy probablemente en el origen de este cambio de criterio tan radical.

En consecuencia, se considerarán contratos menores los contratos de suministro o servicios —excluidos los destinados a servicios generales y de infraestructuras del órgano de contratación— que celebren los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación cuando no superen los 50 mil euros, en lugar de los 15 mil euros que aplican para el resto de los órganos de contratación.

No obstante, la formulación no es en absoluto clara. En el texto se habla del «límite», en singular del art. 118 LCSP, cuando en ese artículo se contienen varios «límites» cuantitativos: uno para cada tipo de contrato de obras, servicios y suministros, estableciendo un umbral máximo para el contrato menor, y otro para la acumulación de contratos menores. Dada la finalidad del precepto, es preciso hacer una interpretación que flexibilice en la medida de lo posible la aplicación de los contratos menores en el ámbito de la norma, pero la regla resultante dista de ser clara. ¿Se han elevado ambos límites, individual de cada contrato y conjunto de los distintos contratos de suministro o de servicios celebrados con un único contratista, de 15 mil a 50 mil euros? ¿O debe entenderse que cualquier contrato de suministro o servicios, bajo las condiciones establecidas en la disposición quincuagésima cuarta, será tramitado como contrato menor, eliminando la incompatibilidad que puede derivar de la acumulación de cuantías? Esta última parece la intención más probable del legislador.

Junto al cambio de opinión del legislador estatal, puede señalarse la decisión del legislador aragonés de introducir en la legislación regional un mecanismo de competencia que, de acuerdo con la argumentación contenida en el preámbulo de la norma, evitaría la aplicación de la regla de la incompatibilidad de un contratista como resultado de la acumulación de cuantías de varios contratos menores. Esta regulación, formalmente de desarrollo de la legislación básica, fue introducida mediante el Decreto-ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y trans-

parencia de contratos del sector público de pequeña cuantía (24). Mediante el Decreto-ley se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, añadiendo un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 4, manteniendo —un tanto extrañamente— el párrafo primero e inicialmente único. El art. 4.2, combinando el primer párrafo (original) y el segundo (añadido en 2018) queda redactado del siguiente modo:

«2. En los contratos menores de obras que superen los 30.000 euros y en los de servicios y suministros que superen los 6.000 euros excluido Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario, se necesitará consultar al menos a tres empresas, siempre que sea posible, que puedan ejecutar el contrato utilizando preferentemente medios telemáticos.

La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante».

Se crea de este modo una «tramitación» que es todavía más simple que el procedimiento simplificado sumario de la legislación básica, pero que de acuerdo con la regla establecida por el legislador aragonés, al estar abierto a la concurrencia y establecer de antemano unos criterios de adjudicación —hay que entender que vinculantes— al órgano de contratación mediante la publicación de los criterios de selección que hayan de aplicarse, *evita la acumulación de valores estimados, impidiendo por tanto la generación de situaciones de incompatibilidad que puedan afectar a determinados contratistas*. La cuestión que habrá de dilucidarse, tarde o temprano, es si esta regulación es compatible con la normativa básica.

En todo caso, puede apreciarse un cambio en la marea: tras haber llegado la tendencia contraria a la contratación directa a su punto más alto con la aprobación de la LCSP, la corriente legislativa parece moverse ahora en otra dirección. Es decir, no se trata ya únicamente de los numerosos pronuncia-

(24) Resolución de las Cortes de Aragón, de 3 de mayo de 2018, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía (BOA núm. 89, de 10 de mayo de 2018).

mientos que ha sido emitidos por los diferentes órganos consultivos en materia de contratación administrativa sobre la cuestión de los contratos menores en la legislación vigente, informes que invariablemente se han traducido en interpretaciones flexibles de los requisitos que rodean la figura del contrato menor, aunque en algunos de casos de una forma que puede calificarse de prudente, mientras que en otros la interpretación ha sido extremadamente flexible, prácticamente equivalente a dejar casi sin contenido la reforma en este campo.

VIII. CONCLUSIONES: ¿TODO SEGUIRÁ IGUAL?

Las Cortes Generales son la encarnación de la voluntad de la nación y la Ley es —o debiera ser— la expresión de la voluntad general. (25) Por ello, todas las propuestas e intentos de regeneración democrática se han traducido en fórmulas para la reactivación de la vida parlamentaria, para devolver la centralidad al Parlamento. Pero cuando ello sucede, y un estado de opinión generalizado se traduce en un texto legislativo modificado en profundidad durante los trabajos parlamentarios para ponerlo de acuerdo con el sentimiento general, los resultados no parecen haber sido buenos. La plasmación de la decisión adoptada por las Cortes Generales en el texto legal parece carecer del rigor técnico suficiente, en detrimento de la seguridad jurídica, pero esa decisión tampoco parece estar revestida de la suficiente *auctoritas*: las interpretaciones emanadas de órganos consultivos de la Administración Pública, como tal constitucionalmente subordinada al Parlamento, «con sometimiento pleno a la Ley» según el art. 103 de la Constitución, han sido en mi opinión —al menos en algunos casos— poco respetuosas con la voluntad política plasmada en la Ley.

Yendo al fondo del asunto, ¿es inasumible el régimen de garantías que rodea a la contratación menor o que debiese rodearla, en caso de aplicarse la LCSP en sus propios términos, dentro de los límites propios de la interpretación?. ¿Es posible que la contratación menor quede limitada a la cobertura de necesidades puntuales de escasa cuantía, no susceptibles de programación, dejando de ser un mecanismo para cubrir necesidades recurrentes?. Porque en realidad éstas son las cuestiones relevantes, esa es la finalidad perseguida con una regulación más exigente en lo formal y más restrictiva en lo sustantivo.

(25) Por todos *vid.* Raymond CARRÉ DE MAHLBERG (1931): *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey. La expresión procede del célebre art. 6 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 y como tal forma parte del bloque de la constitucionalidad en Francia. En España ha de entenderse implícita en el derecho de participación política del art. 23 de la Constitución. La erosión del principio que denunció Carré de Mahlberg está claramente más avanzada en Francia y desde luego en España.

A mi juicio, los procedimientos abierto simplificado y simplificado sumario pueden ser instrumentos muy útiles, haciendo desaparecer la necesidad del contrato menor en muchos casos, pero sólo serán lo suficientemente ágiles cuando la contratación electrónica haya desplegado plenamente sus efectos. Es el déficit en la implantación de la contratación electrónica, mucho más avanzada en países de nuestro entorno como Portugal, en donde reside la real dificultad. (26) Pero es que además existen otros mecanismos de racionalización, como las centrales de contratación del art. 227 LCSP que pueden ser la solución para la contratación de bienes por los pequeños municipios, otro de los supuestos de dificultad para la aplicación de la legislación de contratos con todas sus garantías ... y con toda la racionalidad. Porque la contratación menor no es una contratación de emergencia, sino un mecanismo para contratar en supuestos en los que un procedimiento más complejo resulta antieconómico y, en general, contrario a la eficiencia. No es un mecanismo de eficacia, sino de eficiencia. Desde esta perspectiva, ya no por razones de lucha contra la corrupción —en realidad, dadas las cuantías, más bien contra la corruptela—, sino de eficiencia en el manejo de los fondos públicos, en muchos casos compensa acudir a mecanismos de racionalización o a licitaciones simplificadas hasta el extremo, incluso cuando por razones de cuantía pudiéramos estar bajo los umbrales máximos del contrato menor.

Los años ochenta fueron el escenario de la llamada «huida del Derecho administrativo», en que los operadores políticos buscaban en el Derecho privado (civil o mercantil) marcos más flexibles y que permitiesen una mayor eficacia administrativa. La creencia en la bondad intrínseca de las Administraciones democráticas facilitaron esa práctica sin censura social. El momento presente puede ser el escenario de otro tipo de «huida del Derecho administrativo», ya no hacia el Derecho privado ni por razones de rigidez excesiva del ordenamiento administrativo, sino hacia el Derecho penal, ante la a veces aparente falta de soluciones del Derecho administrativo ante las demandas sociales de mayor rigor y transparencia en las instituciones públicas, especialmente en la contratación administrativa (27). Los mecanismos de racionalización de la

(26) Vid. Francisco BLANCO LÓPEZ (2015): «La contratación pública electrónica», en Observatorio de Contratación Pública, accesible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.212/recategoria.208/reلمenu.3/chk.32c20bc4f1c42f1ca424355ad7c397ed>.

(27) Pueden citarse a título de mero ejemplo pronunciamientos como las sentencias de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo núm. 259/2015, de 30 de abril de 2015, recurso de casación núm. 1125/201, Ar. RJ 2015\1720, condena por prevaricación a viceconsejero y secretario general por el fraccionamiento ilegal de un contrato y presentación de tres presupuestos diferentes por el contratista preseleccionado de antemano; núm. 512/2015, de 1 de julio de 2015, recurso de casación núm. 2284/2014, condena al alcalde, al interventor y al arquitecto sucesivamente contratado con contratos menores; núm. 18/2014, de 23 enero, Ar. RJ 2014\1002, condena por prevaricación y malversación a concejal que realiza contratación fuera de todo requisito legal.

contratación menor son un intento de poner fin a una situación difícilmente sostenible, que debería haber sido articulada técnicamente mejor, pero que aplicados de buena fe pueden suponer un avance importante en nuestra contratación pública. Para ello hará falta la implicación de los funcionarios públicos, pero también del propio legislador, que puede articular o mejorar técnicamente la regulación, pero que no debe dar bandazos como la práctica exención de las reglas de contratación para determinados contratos en el ámbito de la investigación. Porque si la investigación merece una exención, ¿por qué no la educación? ¿o por qué no la sanidad pública o los pequeños municipios?

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID LASIERRA, Víctor (2018): «“Sigan sigan...”: a vueltas con los Informes de la Junta Consultiva en materia de contratos menores», <https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/03/05/sigan-sigan-a-vueltas-con-los-informes-de-la-junta-consultiva-en-materia-de-contratos-menores/>.
- ÁLVAREZ, Javier Juan (2017): «Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: ¿nueva ley pero similares vicios?», Blog Hay Derecho, entrada de 18 de mayo de 2017. Accesible en <https://hayderecho.com/2017/05/18/proyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico-nueva-ley-pero-similares-vicios/>.
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2015): «La contratación pública electrónica», en Observatorio de Contratación Pública, accesible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.212/recategoria.208/remenu.3/chk.32c20bc4f1c42f1ca424355ad7c397ed>.
- CANDELA TALAVERO, José Enrique (2011): «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor», *Auditoría Pública* núm. 53, pp. 85-94.
- CARRÉ DE MAHLBERG, Raymond (1931): *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey, 1931.
- DELGADO FERNÁNDEZ, Charo (2018): «¿Por qué la Universidad pide una moratoria en la aplicación de la LCSP?», en el blog de María Pilar BATET, *La parte contratante*, accesible en <https://lapartecontratante.blog/2018/07/15/por-que-la-universidad-pide-una-moratoria-en-la-aplicacion-de-la-lcsp/>.
- GIMENO FELIÚ, José María (2013): «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista española de derecho administrativo* núm. 159, pp. 39-106.
- GIMENO FELIÚ, José María (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público*

como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Cizur Menor, Aranzadi.

- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública)», en Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, pp. 15-127.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2018): «Contratos menores para la ciencia», en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/05/23/contratos-menores-ciencia/>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016): «¿Reclama la UE a España una modificación sustancial del ALCSP?», Observatorio de Contratos Públicos, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.250/recategoria.208/remenu.3/chk.5a707f7f7536a03f82684b263487f6c1>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016): «Cercos a los contratos menores», *Revista de estudios locales*. Cunal, núm. 194, pp. 38-54.
- RIAÑO, Miguel (2017): «Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público», *El Independiente*, 21 de febrero de 2017, accesible en la dirección web <https://www.elindependiente.com/politica/2017/02/21/contratos-menores-12-228-adjudicaciones-a-dedo-para-esquivar-el-concurso-publico/>.
- UMEREZ, Esteban (2018): «Pronunciamientos relevantes de la Junta Consultiva de Contratación sobre la nueva LCSP (I) Contratos menores», en <https://www.umerez.eu/blog/2018/3/3/pronunciamientos-relevantes-de-la-junta-consultiva-de-contratacin-sobre-la-nueva-lcsp-i-contratos-menores>.
- VILLACÍS, Begoña (2016): «Todo a 17.999 euros», *El Confidencial* de 19 de febrero de 2016, https://blogs.elconfidencial.com/espana/mirada-ciudadana/2016-02-19/todo-a-17-999-euros_1154843/.