

NOTA SOBRE EL EXPEDIENTE DE CONTRATO MENOR, TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA MODIFICACIÓN EFECTUADA EN EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY 9/2017 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2020, DE 4 DE FEBRERO. Francisco Sánchez Moretón, Secretario-Interventor del Servicio Jurídico de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Salamanca.

1.- Cuestiones previas.

Serán contratos menores los regulados en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

- a) Contratos de obras cuya cuantía sea inferior a 40.000€, IVA excluido.
- b) Contratos de suministros y servicios cuya cuantía sea inferior a 15.000€, IVA excluido.

En estos contratos menores, la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales del contrato menor, la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

El informe de justificación no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000€

Esta redacción del artículo 118 de la LCSP, en concreto de sus apartados 2º, 3º y 4º, ha sido introducida por la Disposición final 1.1 del Real Decreto-ley número 3/2020, de 4 de febrero (RDL). En ella se mantiene la exigencia de informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, así como de que no se fracciona ilegalmente su objeto; sin embargo, se introducen dos novedades respecto al contenido previo de tal precepto que básicamente son las siguientes:

- Se suprime para todo tipo de contratos menores la necesidad de justificar por el órgano de contratación que el contratista (aspirante a la adjudicación del contrato de que se trate) no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra de 50.000€ (obras) o 15.000€ (suministros o servicios).
- Se suprime, además, en el caso de los contratos (menores) cuyo pago se lleve a cabo a través del sistema de anticipos de caja etc. y el valor estimado de los mismos no supere el importe de 5.000€, la necesidad de emisión del informe motivando la necesidad del contrato y de que este no se fracciona indebidamente.

Acaba, como vemos, esta previsión legal con la obligatoriedad del informe justificativo de no haberse realizado por el mismo contratista contratos por

cuantía superior a la del importe del contrato menor en un periodo concreto de tiempo¹, que ha dado lugar a diferentes opiniones interpretativas que han dificultado su emisión. Igualmente, se deja de exigir cualquier clase de informes en los contratos menores de inferior importe y reducida importancia, por ello. La intencionalidad de esta modificación legal (en la Exposición de Motivos del RDL nada se dice al respecto), parece clara en cuanto a buscar la simplificación del procedimiento de adjudicación de los contratos menores. Pero, en nuestra opinión) puede facilitar o fomentar su mayor utilización, lo que entra en contradicción con lo buscado por la LCSP en su primera redacción, que pretendía (aquí su Exposición de Motivos sí se pronuncia nítidamente al respecto) embridar la celebración de contratos menores, por considerarlos excepcionales, sustituyéndolos en la medida de lo posible por otra clase de expedientes contractuales (procedimiento abierto simplificado abreviado) planificados y que por nacer “*con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil*” y simplificación de trámites, deberían considerarse los normales de utilización dentro de sus umbrales determinados por parte de las Administraciones Públicas.

2.-Expediente de contrato menor.

2.1. Planteamiento de la cuestión.

El expediente de contratación en los contratos menores se contempla, como hemos visto, en el artículo 118, párrafos 2, 3 y 4, de la LCSP.

En desarrollo del anterior precepto, se publicó en el BOE número 57 de 07/03/19, la Resolución de 6/03/19, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon)² por la que se aprueba la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, (en adelante, Instrucción)³.

¹ Que, se fijó por la Instrucción 1/2019, sobre contratos menores etc. que después, veremos en un año (considerado como ejercicio presupuestario).

² Será esta Oficina a la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 332.7 d) de la LCSP, como órgano regulador del mercado de contratación, según veremos, corresponde aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública.

³ **En cuanto a la obligatoriedad de esta Instrucción para las Entidades Locales.** Como adelantamos, el artículo 332.7 d) de la LCSP regula que la OIReScon podrá aprobar instrucciones (como se trata de la 1/2019) y recomendaciones que serán objeto de publicación y serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado.

La expresión Sector público del Estado, como indica Martínez Fernández³, “*ciertamente no es del todo precisa lo que ha sembrado la duda sobre el alcance de las Instrucciones de la OIReScon para el sector público autonómico y local*”.

Así, según el anterior autor, existen opiniones doctrinales favorables al alcance de la vinculación de las instrucciones de esta Oficina más allá de la Administración General del Estado y otras en contra de ello. Su opinión, en definitiva, con fundamento en los argumentos que expone en el trabajo citado³, es que “*la Instrucción 1/2019 tiene el carácter de interpretación legal vinculante para todas las entidades del*

Según su Exposición de Motivos esta Instrucción busca que “no se produzcan restricciones injustificadas al acceso a la contratación por parte de las empresas”, “velando especialmente por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia”, y fija unos criterios “que den certidumbre a las actuaciones de los órganos de contratación y, por lo tanto, agilicen el mercado de la contratación pública...”

Como es natural, al haberse modificado en los términos que hemos dicho el artículo 118 de la LCSP por parte del RDL, la Instrucción igualmente debe considerarse sin vigencia en cuanto a lo que se oponga a lo establecido en esta última norma legal. En consecuencia, debe entenderse sin efectividad todo lo que la misma disponía en relación a la necesidad del informe justificativo de que el contratista no ha suscrito individual o conjuntamente más contratos menores. En el resto, por el contrario, la modificación producida por el RDL no debería afectarla, en principio.

Así pues, la Instrucción, interpretando el alcance de los trámites y documentos recogidos en el artículo 118,2,3 y 4 de la LCSP, fija, según se indicó, un contenido del procedimiento de adjudicación del contrato menor recogido en este precepto que a continuación exponemos siguiendo el orden indicado en ella.

No obstante, para una mejor operativa y claridad de exposición, separaremos la parte de la preparación del expediente de la de su adjudicación⁴, momento en el que la Instrucción introduce mayores novedades en cuanto a su tramitación. Por último, concluiremos considerando, brevemente, lo relativo a la publicación de estos contratos y comunicaciones de su celebración que deben hacerse a otros órganos, así como lo correspondiente a los contratos menores pagados con anticipos de caja.

2.2) Preparación del expediente.

- Decreto/ informe del órgano de contratación.

Contendrá los siguientes extremos o referencia a documentos:

sector público, todas las administraciones, entes y organismos relacionados en el artículo 3.1 de la LCSP 9/2017 y 2 de la LRSP 40/2015, lo que significa que es de obligado cumplimiento para todas las Administraciones territoriales (estatal, autonómica y local) e institucionales”.

En cuanto a la doctrina de las juntas autonómicas de contratación, la reciente Recomendación 1/2019, de 4 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias sobre eficiencia en la contratación pública relativa a los contratos menores o de escasa cuantía en el ámbito de la comunidad autónoma de Canarias (RJCC), determina respecto a la obligatoriedad de la OIREscon que:

“La Ley de Contratos del Sector Público no atribuye competencia para regular la materia de contratación a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y sus instrucciones deben considerarse obligatorias únicamente para las entidades del Sector Público de la Administración General del Estado.”

⁴ La Instrucción, en aras de la simplificación administrativa, permite unificar en un único documento o informe del órgano de contratación toda la documentación del expediente de contrato menor contenida en la misma.

□ Indicación de la normativa en que se basa la competencia del órgano de contratación⁵.

Son órganos de contratación de las Entidades Locales, el Alcalde/Presidente de la Entidad Local⁶ y el Pleno⁷. En estos dos casos la competencia podrá delegarse. En el del Alcalde, en la Junta de Gobierno Local como órgano colegiado⁸, así como en concejales o miembros de la Corporación. En el del Pleno, en la Junta de Gobierno Local como órgano colegiado o en el Alcalde⁹.

□ El objeto del contrato¹⁰.

Resulta necesario, incluso previamente a utilizar este contrato, conocer que se contrata y determinar su valor estimado¹¹, en orden a saber si:

- Estamos ante un contrato menor por su cuantía¹².
- Cuáles son sus prestaciones.

En el caso del contrato menor de obras, su objeto y precio vendrán determinados, según lo dispuesto en el artículo 118.2 de la LCSP, por el presupuesto (memoria valorada) de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran¹³. Deberá

⁵ Por órgano de contratación, conforme a la Instrucción debe entenderse a “*aquellos órganos que ejercen las facultades del órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o desconcentración, siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva.*”

⁶ Cuando el valor estimado del contrato no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea mayor a cuatro años, prórrogas incluidas, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada (Disposición adicional segunda 1 de la LCSP).

⁷ Cuando no correspondan al Alcalde, según la Nota a pie de página anterior (Disposición adicional segunda 2 de la LCSP).

⁸ Artículo 21. 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL).

⁹ Artículo 22.4 de la LBRL.

¹⁰ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118.1 de la LCSP, los tipos contractuales a los que les resulta aplicable la figura del contrato menor son: Los contratos de obras. Los de suministros. Los de servicios. Igualmente, les resultará aplicable, según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), a los contratos privados de creación e interpretación artística (Informe 7/18); a los contratos privados (Informe 57/18); a los administrativos especiales (Informe 84/18) y para la redacción de proyectos (Informe 92/18). También resulta posible aplicar el régimen jurídico de los contratos menores a los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas (Recomendación de la JCCA de 1/03/18).

¹¹ Que deberá ajustarse a los precios habituales del mercado y calcularse conforme indica el artículo 101 de la LCSP.

¹² El valor estimado de la contratación menor, en ningún caso podrá superar los límites establecidos en el artículo 118.1 de la LCSP, calculado conforme a las reglas indicadas en el artículo 101 de la misma.

¹³ El artículo 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) establece que tendrán la consideración de edificación y requerirán un proyecto las siguientes obras:

- a) Las de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

igualmente solicitarse el informe de las oficinas de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

□ La forma de certificación de la prestación o su recepción, y la forma de pago del contrato.

Parece que, al menos, estas condiciones económico-administrativas de la ejecución del contrato deben siempre establecerse. Todo ello sin perjuicio de que, si la complejidad de las prestaciones del objeto del contrato o de su ejecución así lo requiriera, pueda redactarse y aprobarse el correspondiente pliego de cláusulas (técnicas y económico-administrativas).

□ La justificación de la necesidad del contrato, incluida la del procedimiento elegido.

El contenido de esta justificación exigida en el apartado 1 (apartado segundo) del artículo 118 de la LCSP, deberá en primer lugar adaptarse en lo preciso a lo dispuesto de manera genérica para la justificación de la necesidad de los contratos en el artículo 116.4 e) de la LCSP, que establece que, *“en el expediente se justificará adecuadamente la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional”*¹⁴.

Ahora bien, en segundo lugar, la Instrucción incide en la consideración de la naturaleza excepcional y no reiterativa del contrato menor, por ello, a su vez, la justificación de su necesidad dependerá de una anterior y necesaria planificación (anual o incluso plurianual), *“por lo que no podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones **que tengan carácter recurrente** de forma que año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, de modo que pueda planificarse su contratación y hacerse por medios ordinarios”*¹⁵.

-
- b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales, que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría o el conjunto del sistema estructural, o que tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
 - c) Las que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

¹⁴ En el caso concreto del contrato de servicios, según la letra f) del apartado 4 del artículo 116 de la LCSP, deberá justificarse también la insuficiencia de medios (para hacer frente al objeto o prestaciones de la contratación) mediante el informe correspondiente.

¹⁵ Como indica, Martínez Fernández, en su trabajo citado, la motivación de un contrato menor *“ha de estar amparada en la necesidad de agilizar la adjudicación para cubrir de forma inmediata una necesidad perentoria de escasa cuantía. No podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente, de forma que periódicamente, año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, pues estas han de planificarse y contratarse por los procedimientos ordinarios”*. En este mismo sentido el Informe número 14 de 29/07/20 de la JCCA.

□ La aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto, así como el ejercicio presupuestario (o los ejercicios presupuestarios en el caso de que fuese un gasto plurianual). Tales datos sería posible aportarlos a este Decreto mediante la expedición del oportuno Documento contable de retención de crédito (RC).

□ La justificación motivada de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los umbrales de valor estimado de los contratos menores (40.000€ en obras; 15.000€ en suministros y servicios)¹⁶.

Parte de decir la Instrucción en esta materia que, *“las limitaciones derivadas de este precepto (118.2 de la LCSP ahora) requieren una interpretación de acuerdo a su finalidad y contexto en el marco de los principios establecidos en el artículo 1 de la LCSP, entre ellos la libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.”*

La no alteración del objeto del contrato, debe justificarse en que no se han separado las prestaciones que forman la unidad funcional del objeto del contrato. Criterio de **unidad funcional**¹⁷ que según la Instrucción estriba en que las prestaciones que integran un contrato, cumplan (al ser separadas) **“una función económica o técnica por sí solas. Así la justificación debe versar sobre la indispensable e intrínseca vinculación entre las prestaciones en cuestión para la consecución de un fin, esto es la satisfacción de la necesidad que motiva la celebración del contrato”**. Y añade que, *“...las prestaciones que tienen una función técnica individualizada, pero forman parte de un todo (Unidad operativa), estando gestionadas por una Unidad organizativa (Unidad gestora) no suponen fraccionamiento y podrán ser objeto de contratación menor... Así no existirá fraccionamiento en el caso de prestaciones contratadas separadamente que sirven un mismo objetivo o necesidad, pero que de manera individualizada no sufre menoscabo en su ejecución, conservando su sentido técnico o económico, pudiéndose ejecutar separadamente.”*¹⁸

¹⁶ Esta justificación, ni el artículo 118.3 de la LCSP, ni la Instrucción exigen que se lleve a cabo por el propio órgano de contratación, lo que sí indican es que se compruebe por el mismo (el documento elaborado por los servicios municipales correspondientes que la contenga). En consecuencia, una vez efectuada tal comprobación de conformidad debería citarse esta circunstancia de la forma oportuna en el Decreto (informe) del órgano de contratación preparatorio del expediente contractual que ahora examinamos.

¹⁷ **De carácter objetivo.** También, como hemos visto, existe otra acepción de unidad funcional **de carácter subjetivo**, coincidente básicamente con el órgano de contratación, entendido, como la unidad administrativa dotada de competencia y presupuesto para contratar. En este sentido, el Informe de la JCCA 45/18, establece que *“los límites previstos en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberán verificarse al nivel de la correspondiente unidad funcional”*, caracterizada según este mismo Informe por estar *“separada”* y *“gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un contrato”*.

¹⁸ El Informe de la JCCA 7/13 ya indicaba que, *“no debe interpretarse (el actual 118.2 de la LCSP) como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación de forma independiente”*. De resultas de ello, Felipe Espino 1. 37002 Salamanca

Interpretación del significado de **unidad funcional** (y existencia de fraccionamiento, del objeto del contrato menor cuando no se respeta ésta), que entendemos se mantiene, y tal vez se aclare y simplifique, en el reciente Informe número 14 de 29/07/20 de la JCCA¹⁹ el cual (para el supuesto en este caso de contratos que se repiten en el tiempo) establece que concurre²⁰ *“cuando media la existencia de un vínculo operativo entre los objetos de los contratos sucesivos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. **En el caso descrito en la consulta, en que los objetos son idénticos y lo único que existe es una división temporal del contrato, no puede haber duda de la existencia de unidad funcional.**”* E indica igualmente este Informe que *“Ha de ser el propio órgano de contratación el que verifique si entre los contratos menores sucesivos que haya de celebrar concurre el requisito de unidad funcional o vínculo operativo que exigen el tratamiento conjunto de las prestaciones propias de un contrato. Para ello habrá de tener en cuenta la propia obligación de programar la actividad de contratación pública”*.

□ Acreditación de existencia de crédito y aprobación del gasto. **Deberá, según la Instrucción (basándose en informes de la JCCA) hacerse siempre con carácter previo a la ejecución del contrato**, a través de los documentos contables RC y A (lógicamente, antes de su adjudicación y presentación de factura: documentos D y O). No está sometido a fiscalización previa el acto aprobatorio del gasto de contenido económico, según el artículo 219.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL); no obstante, será posible aprobar su introducción facultativa a través de las bases del presupuesto del ejercicio.

2.2 Adjudicación

- Decreto/informe del órgano de contratación.

Contendrá los siguientes extremos o referencia a documentos:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 131.3 de la LCSP, la adjudicación de los contratos menores se llevará a cabo mediante adjudicación directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación necesaria para realizar la prestación²¹, cumpliendo las normas establecidas en el artículo 118 de la LCSP.

este Informe concluye posibilitando la contratación de diferentes contratos menores de servicios y suministros destinados a la realización de un único evento (Cabalgata de Reyes en este caso).

¹⁹ Emitido ya tras la reforma del artículo 118 de la LCSP por el RDL.

²⁰ Con los efectos que ello puede tener respecto a la superación de los umbrales de cuantía o no posible prórroga, de los contratos menores.

²¹ El informe de la JCCA 1/2009 de 25/09 manifiesta que *“la limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso*

□ **Presentación de ofertas y adjudicación del contrato menor por el órgano de contratación.**

No viene recogida legalmente la exigencia de presentar ofertas para la adjudicación del contrato menor; tampoco de dar publicidad para recabarlas.

La Instrucción, sin embargo, y aquí reside una de sus principales novedades, **“con el fin de velar por la mayor concurrencia”** establece ahora que

“...el órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas que se incorporarán al expediente junto con la justificación de la selección de la oferta de mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración...De no ser posible lo anterior, debe incorporarse al expediente la justificación motivada de tal extremo.”²²

En todo caso, si se da publicidad a la licitación, la Nota Aclaratoria afirma que, con ello, se entenderá cumplida la solicitud de las tres ofertas, *“pues en tales supuestos ya quedaría garantizada la competencia”²³*

Con la presentación de ofertas, al menos, debería igualmente acompañarse **declaración responsable del ofertante** con expresión de sus datos identificativos, así como de poseer la capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria²⁴, que podrían extenderse a las circunstancias de no estar

acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación debe ser tenida en cuenta”.

²² En Nota Aclaratoria sobre la Instrucción emitida con posterioridad a su publicación por la OIREscon, se establece que *“De esta forma, la referencia a la solicitud de tres presupuestos que se indica en la Instrucción, ha de interpretarse en el sentido de que la misma satisface el principio de competencia; siendo siempre posible justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas cuando dicho trámite no contribuya al fomento del principio de competencia, o bien dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motiven el contrato menor.”* Vg. la escasa cuantía del contrato; necesidad inmediata de obtener el producto o prestación; realización de otra contratación reciente satisfactoria etc.

²³ Publicidad que podría hacerse en el perfil de contratante, dado que la Recomendación 1/2014 de la JCCA de Aragón, establece que *“nada obsta para que se utilice el Perfil de contratante para dar publicidad a la tramitación de los contratos menores, permitiendo a los operadores económicos interesados participar en la adjudicación de los mismos”.*

²⁴ En cuanto a la habilitación empresarial o profesional, el Informe de la JCCA 1/09, de 25 de septiembre de 2009, indica que *“hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el artículo 43.2 de la LCSP (54.2 del TRLCSP) es un*

incurso en prohibición de contratar y contar con la solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador²⁵.

Una vez hecho esto, parece que debería adoptarse por el órgano de contratación **el acuerdo de adjudicación del contrato menor**, aunque solo sea, según lo exigido en la Instrucción, al objeto de la elección del adjudicatario (expresando lógicamente sus datos identificativos)²⁶. Igualmente, parece conveniente que, aprovechando este acuerdo, se fijen, en los casos que sea preciso, con cierto detalle las prestaciones a que las partes en el contrato (con existencia o no de pliego de condiciones previo) se han comprometido; en particular, en contratos menores cuyo objeto sean prestaciones de hacer (contratos de servicios)²⁷.

□ Formalización de los contratos menores; factura.

El artículo 153.2 de la LCSP, que trata sobre la formalización de los contratos, regula que la acreditación de la existencia de los contratos menores se efectuará con los documentos a que se refiere el artículo 118; entre los cuales, como sabemos, se encuentra la factura.

Por su parte el artículo 72.1 del RGLAP, indica con mayor precisión que, en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente que deberá contener los datos y requisitos establecidos en la normativa al respecto²⁸, conteniendo en todo caso las menciones que se relacionan en este precepto.

En cuanto a la factura electrónica, nos encontramos ya con previsiones respecto a la misma en la Disposición adicional decimosexta y Disposición final sexta de la LCSP²⁹.

En este aspecto, la Instrucción se remite ahora a indicar que el momento de incorporación la factura al expediente lo será³⁰ “posteriormente”, a la acreditación de la existencia de crédito y documento de la aprobación del gasto; es decir, siempre tras la ejecución del contrato menor.

3.1 Publicación del contrato menor en el perfil de contratante.

Los artículos 63.4, 118.3 y 154.5 de la LCSP, regulan la exigencia de publicar los contratos menores celebrados por la Entidad Local trimestralmente,

requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal”

²⁵ Circunstancias que, naturalmente, una vez adjudicado el contrato, podría exigirse que se acreditaran documentalmente por el adjudicatario del mismo.

²⁶ Será en este momento, en que se conoce al contratista y precio definitivo del contrato, será cuando se apruebe la disposición o compromiso de gasto (fase D).

²⁷ En cuanto a la posible obligación de constituir garantía definitiva en los contratos menores, de acuerdo con lo dispuesto en el Informe de la JCCA 12/02, de 13 de junio de 2002, “no resulta requisito exigible la constitución de garantías definitivas”

²⁸ Actualmente, Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (ROFAC).

²⁹ En cumplimiento de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica (LFE).

³⁰ Entendemos que previa su conformidad y aprobación (documento contable fase O).

a excepción de los inferiores a 5.000€, pagados mediante anticipos de caja o similar para realizar pagos menores³¹.

Respecto a este plazo, la Instrucción³² determina que será “*una obligación para el órgano de contratación, no un plazo de publicación individualizada de cada contrato. Por lo tanto, los órganos de contratación deberán publicar trimestralmente todos los contratos menores que se hayan adjudicado en ese periodo, es decir aquellos, aquellos respecto a los que existe compromiso de gasto y comunicación de la adjudicación al contratista y ello con independencia de que no esté aún incorporada la factura al expediente debiéndose indicar al menos, el objeto, la duración, el importe de adjudicación incluido el IVA, la identidad del adjudicatario, debiendo ordenarse los contratos por la identidad del adjudicatario*”.

Por su parte, a fin de resolver las dudas que se vienen produciendo respecto a la forma de publicación de los contratos menores, la Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado dirige a los órganos de contratación las siguientes recomendaciones finales:

- *Con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones legales existentes en materia de publicación de los contratos menores se recomienda a los órganos de contratación del sector público que realicen sus publicaciones a través del servicio específico que a estos efectos existe en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la cual garantiza que tales publicaciones cumplen los requisitos legalmente establecidos.*

- *El órgano de contratación, en caso de no optar por la solución anterior, debe realizar una publicación, al menos trimestral, de los contratos menores en el perfil de contratante empleando formatos abiertos y reutilizables, de modo que permita un acceso público adecuado y ordenando la información atendiendo al adjudicatario. Tal publicación debe cumplir igualmente las condiciones establecidas por la legislación especial en materia de transparencia y buen gobierno.*

3.2 Comunicación al Tribunal de Cuentas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335.1 de la LCSP debe remitirse electrónicamente a este órgano de fiscalización externa relación de los contratos menores celebrados, excepto los inferiores a 5.000€, pagados mediante anticipos de caja o similar para realizar pagos menores.

3.3 Comunicación al ROLECE

De misma manera, los datos básicos de los contratos menores, como establece el artículo 346.3 y 4 de la LCSP, deberán comunicarse al ROLECE,

³¹ Medida de transparencia precedida por la dispuesta en este mismo sentido por el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT).

³² Que lo considera como máximo; luego puede ser inferior.

excepto en el caso de los inferiores a 5.000€, pagados mediante anticipos de caja o similar para realizar pagos menores.

En este supuesto la comunicación de estos datos del contrato se hará, dependiendo si supera o no los 5.000€, en la forma determinada en este precepto.

3.4 La problemática de los contratos menores con valor estimado inferior a 5.000€ y que se pagan mediante anticipo de caja fija.

La LCSP en su redacción primitiva, como hemos visto, no distinguía entre contratos menores en orden a sus requisitos y, en concreto, a los informes que resultaban exigibles a todos ellos. Resultaban, por ello, iguales, tanto para un contrato situado, por su valor estimado, en el extremo superior de su cuantía, como para otro situado en el inferior.

No obstante, sí diferenciaba en cuanto a la necesidad de su publicación en el perfil del contratante o comunicación al Tribunal de Cuentas o ROLECE, introduciendo según se ha apuntado excepciones para el caso de contratos menores cuando su valor estimado sea inferior a 5.000€, y sistema de pago utilizado el de anticipos de caja fija.

Por ello, Juntas de Contratación autonómicas como la RJCC, ya establecían *“que la LCSP reconoce la existencia de contratos de escasa cuantía por importe inferior a 5.000 euros al no obligar a su publicación en el perfil del contratante ni a su inscripción en el registro de contratos. En el espíritu tanto del Reglamento Europeo³³ como de la norma española³⁴ se desprende el interés de que este tipo de contratos, salvaguardando los principios de la Ley debe ser ágil y eficiente, pudiéndose admitir que la tramitación de expediente se reduzca a la incorporación de la factura, pero sin incumplir los principios básicos de la Ley y lo expuesto en este informe.”*

De esta forma la RJCC, en su interpretación, aparejaba las excepciones de la LCSP respecto a los contratos de escasa cuantía con el contenido y finalidad de los anticipos de caja fija mediante los que pueden abonarse estos contratos y que constituirán³⁵ aquellas provisiones de fondos de carácter no presupuestario y permanente que se hagan a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al presupuesto del año en que se realicen de los gastos referidos a atenciones corrientes de carácter periódico o repetitivo, como pueden ser material de oficina no inventariable y conservación, entre otros. Lo que la llevaba finalmente a establecer que, para *“los contratos menores cuyo valor estimado no supere el límite del importe que en cada*

³³ Reglamento 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión.

³⁴ Modificaciones de la LCSP y leyes autonómicas de contratación.

³⁵ De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 191.3 del TRLRHL y 73 a 76 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, de Presupuestos de las Entidades Locales (RPEL).

Administración pública se fije para el abono por anticipo de caja fija, en aras al principio de eficiencia en el gasto que reconoce expresamente la LCSP y cumpliendo lo señalado en esta recomendación, es suficiente el informe de necesidad y la factura correspondiente debidamente validada”.

A fecha de hoy, con la reforma del artículo 118, apartado 3, efectuada, como hemos tenido ocasión de ver repetidamente, por parte de la Disposición final del RDL, no será necesario aportar informe alguno al procedimiento de adjudicación de estos contratos (inferiores a 5.000€ que se paguen mediante anticipos de caja fija etc.) ni siquiera el referente a la necesidad del contrato y no fraccionamiento irregular del mismo.

Salamanca a 3 de febrero de 2021

Francisco Sánchez Moretón.