

ESPECIALIDADES OBJETIVAS EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL. LAS FASES INTERNA, DE PREPARACIÓN Y DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Juan Antonio Chinchilla Peinado
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO. I. LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO COMO PODER ADJUDICADOR. EL EJEMPLO DEL SECTOR DE SUELO Y VIVIENDA A. La satisfacción de una necesidad de interés general atendiendo a criterios no económicos. B. La fuerza expansiva del sistema europeo y su proyección sobre los contratos armonizados y no armonizados. ¿La supresión de las instrucciones internas de contratación? II. TIPOLOGÍA Y NATURALEZA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS ENTES INSTRUMENTALES CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA Y SUELO. A. Contratos sometidos y contratos excluidos de la LCSP celebrados por entes instrumentales. B. Contratos sometidos a la LCSP. Una doble tipología: contratos sometidos a regulación armonizada versus contratos no sometidos a regulación armonizada; contratos administrativos versus contratos privados. C. El control administrativo y contencioso-administrativo de los actos de preparación y adjudicación, configurados como actos administrativos separables. III. PREPARACIÓN, ADJUDICACIÓN Y FORMALIZACIÓN. A. Identificación del sistema de fuentes. B. Elementos comunes a todos los contratos. C. Los contratos adjudicados mediante un procedimiento concurrencial. a) Los contratos sometidos a regulación armonizada. b) Los contratos no sujetos a regulación armonizada ("ordinarios"). D. Los contratos adjudicados de forma directa. ¿Diferencias en la regulación de los arts. 118.3 y 318.a) LCSP? E. Tramitación electrónica de los procedimientos de contratación. F. Perfección y formalización.

STC 137/2018 INCORPORAR

I. LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL COMO PODER ADJUDICADOR. EL EJEMPLO DEL SECTOR DE SUELO Y VIVIENDA.

A. La satisfacción de una necesidad de interés general atendiendo a criterios no económicos.

1. Tradicionalmente la creación por las Administraciones territoriales de personificaciones instrumentales regidas por el derecho privado para la gestión de sus políticas en materia de vivienda y suelo ha perseguido eludir la aplicación de las reglas formales del Derecho Administrativo (huida del derecho administrativo), fundamentalmente en materia presupuestaria, de personal y, sobre todo, contractual¹. Hoy esta pretensión, por lo que respecta al ámbito contractual, está totalmente superada, tanto en el

¹ ARANA GARCÍA (1997: 56); GIMENO FELIÚ (2010: 27). E incluso, como precisa CHINCHILLA MARÍN (2017: 23), una verdadera huida del Derecho, ante la indeterminación de cuál sea su concreto régimen jurídico.

Derecho europeo como en el derecho interno². Las personificaciones instrumentales que las distintas Administraciones Territoriales autonómicas y locales han creado para gestionar sus competencias en materias de suelo y vivienda adoptan, con carácter general, la forma jurídica de sociedades mercantiles (normalmente de titularidad municipal o provincial) o entidades públicas empresariales (normalmente de titularidad autonómica). Su intervención en el mercado, actuando como clientes que demandan bienes y servicios de los operadores económicos, puede ocasionar la distorsión de un mercado no sólo de dimensión local o nacional, sino también de dimensiones comunitarias. Por ello se requiere aplicarles las reglas de racionalidad económica del derecho de la contratación pública con el fin de asegurar que la adjudicación de los contratos se realiza a la mejor oferta existente en el mercado³. Cuestión distinta es si la actual regulación que adopta como eje la apertura a la competencia del mercado permite de forma simultánea satisfacer los intereses generales a los que la contratación pública sirve con carácter instrumental, y si la misma parte de un principio de desconfianza hacia la eficiencia pública⁴.

2. Consecuentemente, tanto si la personificación instrumental reviste la forma jurídica de entidad pública empresarial como si adopta la forma de sociedad mercantil, desde la perspectiva del Derecho europeo deben configurarse como “organismos públicos”⁵, art. 2.1, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE, en la medida en que (i) tienen atribuida personalidad jurídica propia⁶; (ii) se ha creado específicamente para

² Tales entes instrumentales no se rigen exclusivamente, ni siquiera principalmente, por el derecho privado.

³ Sobre la funcionalidad económica de la actividad contractual del sector público y su necesaria articulación con la satisfacción del interés general, cfr. DÍAZ SASTRE (2017a: 244).

⁴ TEJEDOR BIELSA (2018: 1) denuncia aquí la evidente sobrerregulación en este ámbito.

⁵ Sobre dicho concepto, y el carácter acumulativo de los requisitos, de forma que, cuando no concurra cualquiera de ellos, un organismo no podrá ser calificado como «organismo de Derecho público» y, por lo tanto, como «poder adjudicador». por último, cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15: ECLI:EU:C:2017:736), o la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2009 (Asunto C-300/07. ECLI:EU:C:2009:358); y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005 (Asunto C-84/03. ECLI:EU:C:2005:14). *Vid.* al respecto, DOMÍNGUEZ MARTÍN – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2013: 418); SANTIAGO IGLESIAS (2017: 157); GIMENO FELIÚ (2010: 27); RODRÍGUEZ PÉREZ (2018: 538).

⁶ Evidentemente tal personificación instrumental no dota de verdadera autonomía a la sociedad mercantil o a la entidad pública empresarial, siendo una simple opción organizativa. No existe una efectiva alteridad, sino una unidad estructural y funcional entre las Administraciones públicas y sus entes instrumentales, como apunta CHINCHILLA MARÍN (2017: 41). Por ello, p.e., la reclamación de la entidad matriz interrumpe la prescripción de la deuda contraída con el ente instrumental por un tercero, aun cuando tal ente instrumental sea el que haya reclamado o interpuesto el correspondiente recurso jurisdiccional, Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2013 (Recurso de

satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y (iii) su actividad está mayoritariamente financiada por otro u otros poderes públicos, su gestión está controlada por estos, o su órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por poderes adjudicadores;. Consecuentemente, son “poderes adjudicadores subcentrales” de los arts. 2.1, apartado 3, y 4.c) de la Directiva 2014/24/UE⁷.

En la interpretación de tal concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha adoptado un enfoque funcional amplio, con el fin de evitar que una entidad financiada o controlada por una Administración territorial (poder público) se guíe por consideraciones que no sean económicas cuando interviene en el mercado persiguiendo intereses generales⁸. Es más, ese mismo enfoque funcional y autónomo determina que para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, deba comprobarse únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos anteriormente citados, con independencia de régimen jurídico de derecho interno adoptado. En otros términos, el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora⁹.

Respecto del segundo requisito, debe afirmarse que constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante. En concreto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisa que el empleo del término «específicamente» pone de manifiesto la voluntad del legislador de la Unión de someter a las estrictas normas de contratación pública únicamente a aquellas entidades creadas con la finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general que no tengan

Casación núm. 1687/2012; ECLI: ES:TS:2013:71); y 27 de noviembre de 2012 (Recurso de Casación núm. 318/2012; ECLI:ES:TS:2012:7965).

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ PÉREZ (2018: 538). En la misma línea, Resolución 146/2016 TACRC, de 27 de mayo (Recurso 362/2016).

⁸ P.e., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15. ECLI:EU:C:2017:736); o Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-305/08. ECLI:EU:C:2009:807).

⁹ P.e., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005 (Asunto C-84/03. ECLI:EU:C:2005:14); y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/2000. ECLI:EU:C:2003:544).

carácter industrial o mercantil y cuya actividad responda a tales necesidades. El procedimiento de análisis que sigue el Tribunal de Justicia consiste en determinar, en primer lugar, si el ente instrumental ha sido creado con la finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general y si las actividades que desarrolla responden efectivamente a ese tipo de necesidades, antes de examinar, en su caso, si tales necesidades revisten o no carácter industrial o mercantil. Y a estos efectos es irrelevante que, además de las actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, la entidad de que se trata lleve a cabo igualmente otras actividades con un fin lucrativo en el mercado competitivo. La clave de bóveda que utiliza el Tribunal de Justicia para determinar si se satisfacen necesidades de interés general o, por el contrario, sólo se persiguen finalidades industriales o mercantiles, pasa por tomar en consideración todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del ente instrumental y las condiciones en que ejerce sus actividades destinadas a satisfacer el interés general, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad y la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Desde esa premisa, se afirma que si el ente instrumental opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil, siendo irrelevante que exista o no una competencia desarrollada en el mercado. En otros términos, el elemento clave es si en el momento de la creación del ente instrumental se determina que el mismo se guie por consideraciones no económicas. En tal caso, ese organismo no ejerce, con carácter principal, una actividad lucrativa en el mercado. Esto es, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil¹⁰.

¹⁰ Así, p.e., el IFEMA, consorcio creado en el año 1980 y participado por la Comunidad de Madrid (31%), el Ayuntamiento de Madrid (31%), la Cámara de Comercio de Madrid (31%) y Bankia (7%), conforme a sus Estatutos, carece de ánimo de lucro, su gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad. Dado que no se ha previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas financieras, soporta ella sola el riesgo económico de sus actividades. Aunque satisface un interés público, ostenta una finalidad mercantil o industrial. La misma actividad que ejerce IFEMA se realiza también a través de diversos operadores en una situación de competencia. Cualquier operador que cuente con las cualificaciones profesionales necesarias puede ejercer el derecho de realizar la actividad ferial. Por tanto, no se trata de necesidades que un poder adjudicador decide satisfacer por sí mismo o con respecto de las cuales pretende conservar una influencia dominante. No tiene, por tanto, la consideración de poder adjudicador, regulándose su

Los elementos del tercer requisito sí son alternativos, bastando la concurrencia de cualquiera de ellos. En concreto, y por lo que respecta a la financiación, el derecho europeo considera que la misma existe tanto cuando sea realizada directamente por las Administraciones Públicas territoriales que hayan creado el ente instrumental como cuando la misma se realiza de forma indirecta¹¹.

3. En la trasposición a nuestro derecho interno, el legislador español ha determinado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que todas estas personificaciones (sean creadas como personas jurídico-públicas o como personas jurídico-privadas) tienen también la consideración de poder adjudicador¹², a tenor del art. 3.1, apartados g) y h), LCSP¹³. Y ello con independencia de que, cuando se trate de personificaciones jurídico-privadas (sociedades mercantiles) la participación pública sea o no mayoritaria¹⁴.

contratación por el art. 321 LCSP. En este sentido, Resolución del TACRC 479/2019, de 30 de abril (Recurso 376/2019).

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2009 (Asunto C-300/07. ECLI:EU:C:2009:358)

¹² Este es un concepto autónomo de Derecho de la Unión Europea, que al margen de la vertiente orgánica que pueda tener en el Derecho interno, presenta un carácter funcional dirigido a evitar, de una parte “el riesgo de que se de preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos” con relevancia para el mercado interior y, de otra parte, “ la posibilidad de que una entidad financiada o controlada por el Estado, los entes territoriales y otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no sean económicas”, como precisa, p.e., la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15: ECLI:EU:C:2017:736). Ello motivó que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00; EU:C:2003:276) considerase contrario al derecho europeo la Disposición Adicional 6ª 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.

¹³ Afirman esta configuración, entre otros, en el ámbito del suelo y la vivienda, el Acuerdo 72/2017 TARC Andalucía, de 10 de abril de 2017 (Recurso 52/2017) -Empresa municipal Almería Siglo XXI, S.L-; Acuerdo 65/2015 TACP de Madrid, de 29 de abril (Recurso 53/2015) -Empresa Municipal del Suelo de Leganés, Sociedad Anónima-; Acuerdo 12/2015 TACP Madrid, de 21 de enero (Recurso 247/2014) - Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo de Madrid-; Acuerdo 221/2014 del TACP Madrid, de 17 de diciembre (Recursos 199, 212, 214, 215 y 216/2014) -Empresa Municipal del Suelo de Leganés, Sociedad Anónima-; Acuerdo 197/2014 TARC Andalucía, de 21 de octubre (Recurso 53/2014 -Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía-; Acuerdo 129/2014 TARC Andalucía, de 29 de mayo (Recurso 236/2013) -Empresa Pública de Suelo de Andalucía-; Acuerdo 19/2014 del TACP de Madrid, de 29 de enero (Recurso 12/2014) -Empresa Municipal del Suelo de Leganés, Sociedad Anónima-; Acuerdo 209/2013 TACP Madrid, de 26 de diciembre (Recurso 217/2013) -Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo de Madrid S.A-; Acuerdo 40/2011 del TAPC de Madrid, de 14 de julio (Recurso 33/2011) - Instituto Municipal de Suelo de Móstoles Sociedad Anónima-;

¹⁴ SANTIAGO IGLESIAS (2017:180).

4. Resulta evidente que todas las entidades públicas empresariales, agencias y sociedades mercantiles con competencias en materia de suelo y vivienda cumplen los dos primeros requisitos conforme a sus Estatutos, al estar dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, estando conformado o controlado su órgano de administración por los cargos o personal de la Administración territorial matriz¹⁵. En cuanto al tercer requisito, igualmente debe afirmarse que estas entidades instrumentales tienen por finalidad gestionar, fundamentalmente¹⁶, necesidades de interés general (vivienda y suelo) que no tienen carácter industrial o mercantil ya que, si bien desarrollan su actividad en competencia en el mercado, no actúan ni con ánimo de lucro (al ejercer una competencia de titularidad pública) ni soportan las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad¹⁷. Todo ello sin perjuicio de que el ente instrumental se someta a criterios de eficiencia y eficacia en la gestión de su actividad para controlar el gasto y evitar pérdidas. Funcionalmente ésta es una actividad de interés general, competencia de titularidad autonómica, provincial y local¹⁸. Además, de una parte, el mercado no es capaz de satisfacerla mediante el juego de la oferta y la demanda y, de otra parte, por razones de

¹⁵ Desde esta perspectiva, resulta irrelevante, en principio, la nueva configuración de las Entidades Públicas Empresariales contenida en el art. 103.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, al exigir que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado. Si la financiación no procede mayoritariamente del mercado, deberá configurarse como un organismo autónomo, lo que implicaría su consideración como Administración pública a los efectos de la legislación contractual, art. 3.2.a) LCSP. Esta no es una normativa básica, por lo que salvo que la legislación autonómica contenga una remisión expresa, o incorpore esta regulación, las Entidades Públicas Empresariales seguirán siendo poder adjudicador no administración pública. Sobre ello, cfr. GIMENO FELIÚ (2016: 1).

¹⁶ Conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15: ECLI:EU:C:2017:736), es irrelevante que, además de las actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, la entidad de que se trata lleve a cabo igualmente otras actividades con un fin lucrativo en el mercado competitivo.

¹⁷ En los términos del Considerando 10º Directiva 2014/24/UE. Como precisa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15: ECLI:EU:C:2017:736), “en el caso de actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, el organismo en cuestión opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil... No obstante, la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la inexistencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil”. En definitiva, el elemento clave reside en si la entidad se guía por consideraciones que no son económicas. En el mismo sentido, Resolución 72/2017, de 10 de abril, del TARC de la Junta de Andalucía (Recurso núm. 52/2017).

¹⁸ Conforme al art. 25.2, apartados a) y d), LBRL, el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de “Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística... promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera” y así como competencias en materia de “Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad”. Se trata, por tanto, de un medio del que se sirve la Administración territorial para ejercer su competencia

interés general, el poder público decide satisfacerlas por sí mismo o conservar una influencia determinante¹⁹. La falta de ánimo de lucro deriva del propio ejercicio de una competencia de titularidad de una Administración territorial, lo que excluye la finalidad de ánimo de lucro o de obtención de ganancias y/o beneficios a título particular²⁰. En otros términos, no hay riesgo empresarial, ya que no se asumen los riesgos de la actividad, aun cuando sus Estatutos no prevean expresamente mecanismos formales de compensación de pérdidas²¹, como consecuencia del control público de su actividad²². Es más, aun cuando las pérdidas determinen la disolución, las deudas deberán ser asumidas por la Administración matriz²³.

5. Obviamente, esta posición jurídica como poder adjudicar se produce en las relaciones con terceros. Por el contrario, en su relación con la Administración territorial matriz, la personificación instrumental actuará, con carácter general como medio propio. Ello excluye que también pueda actuar compitiendo en el mercado en pie de igualdad con otros operadores económicos por los contratos de su entidad matriz, a tenor del art. 32.2.d) LCSP, lo que no excluye que sí pueda resultar cesionaria de un contrato adjudicado por su Administración matriz²⁴.

¹⁹ Por ello, desde la óptica del derecho europeo, su actividad puede ser configurada como un servicio de interés general de carácter no económico. Sobre este concepto, cfr. CHINCHILLA PEINADO – DOMÍNGUEZ MARTÍN (2018: 69).

²⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍN – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2013: 420).

²¹ Cfr. Resolución 23/2015, de 24 de febrero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En el mismo sentido, Resolución 72/2017, de 10 de abril, del TARC de la Junta de Andalucía (Recurso núm. 52/2017).

²² Exigencia de contabilidad pública, sometida al control del Tribunal de Cuentas; los estados de previsión de ingresos y gastos para cada ejercicio y los programas anuales de actuación, inversión y financiación forman parte del presupuesto consolidado de la Entidad; las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la empresa forman parte de la Cuenta General del Ayuntamiento; la contabilidad de la sociedad será inspeccionada por la Intervención General del Ayuntamiento y está sujeta a control financiero.

²³ Resulta evidente que la existencia de una verdadera tutela de la Administración matriz, expresada tanto en la designación de los órganos de dirección como en su caso en la financiación mayoritaria, permiten afirmar la inexistencia del principio de separación de responsabilidades. Sobre ello CHINCHILLA MARÍN (2017: 48).

²⁴ Como ha precisado DÍAZ SASTRE (2016: 1), quién afirma que incluso “si en el marco de su actividad mercantil una empresa pública considera que le resulta beneficioso ser la cesionaria de un contrato de su ente matriz, puede subrogarse en el papel de la empresa contratista y ejecutar el contrato para su ente matriz. La iniciativa de la cesión parte de la voluntad empresarial de la empresa adjudicataria. Y la empresa pública no participaría en ninguna licitación. Simplemente, adoptaría una decisión de carácter empresarial que no afectaría a las demás dimensiones de la entidad. Esta circunstancia tampoco afectaría, además, a la forma de gestión del servicio, que sigue siendo contractual. El Ayuntamiento y su medio propio mantendrían una relación equivalente a la existente con el contratista que ganó la licitación”.

B. La fuerza expansiva del sistema europeo y su proyección sobre los contratos armonizados y no armonizados. ¿La supresión de las instrucciones internas de contratación?

6. *Prima facie*, la noción funcional de poder adjudicador opera respecto de aquellos contratos sometidos a la regulación del Derecho Europeo, incorporándose así igualmente una noción funcional de tales contratos públicos²⁵ (los contratos que superan el umbral económico fijado actualmente por el art. 4 la Directiva 2014/24/UE y la revisión efectuada por la Comisión conforme al art. 6²⁶). Los contratos cuya cuantía resulte inferior no se encuentran directamente regulados por el Derecho Europeo de contratos. Pero aquí se impone como regulación mínima, tanto al legislador nacional a la hora de regular los procedimientos de selección y adjudicación, como a los “organismos públicos” que celebren contratos. Esa normativa mínima europea se concreta en la obligación de respetar “los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél”²⁷. Es cierto que tal exigencia se proyecta sobre aquellos contratos que no superen los umbrales del Derecho Europeo únicamente cuando tengan trascendencia sobre el mercado interior. Sólo cuando concurren circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, puede sostenerse razonablemente que los efectos sobre las libertades fundamentales garantizadas en el mercado interior deberían considerarse demasiado aleatorios y demasiado indirectos como para exigir la extensión

²⁵ Aquí deben realizarse dos precisiones. De una parte, un contrato que establezca un intercambio de prestaciones estará incluido en el concepto de contrato público aunque la retribución prevista se limite al reembolso parcial de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado, siempre que se celebre entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2018 (Asunto C-606/17. ECLI:EU:C:2018:843). De otra parte, el principio de igualdad de trato no resulta violado por el mero hecho de que el poder adjudicador permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben subvenciones que les permiten realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de licitadores competidores no subvencionados, ya que si el legislador comunitario hubiese tenido la intención de obligar a las entidades adjudicadoras a excluir a tales licitadores, lo habría mencionado expresamente, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-305/08. ECLI:EU:C:2009:807).

²⁶ Mediante el Reglamento Delegado (UE) de la Comisión 2017/2365 (DOUE de 19 de diciembre), dándose publicidad al mismo por Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018 (BOE de 29 diciembre).

²⁷ Cfr., entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2015 (Asunto C-278/14; ECLI:EU:C:2015:228; 15 de mayo de 2008 (Asuntos C-147/06 y C-148/06; ECLI:EU:C:2008:277); 14 de junio de 2007 (Asunto C-6/05; ECLI:EU:C:2007:337); así como la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 20 de mayo de 2010 (Asunto T-258/06; ECLI:EU:T:2010:214)

de los principios del Derecho Europeo. Para determinar tal efecto deben tenerse en cuenta elementos tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato²⁸.

7. Este fue el criterio asumido por el legislador español al trasponer la Directiva 2004/18/CE, primero en la Ley 30/2007 (arts. 173 y ss.) y posteriormente en el Real Decreto Legislativo 3/2011 (arts. 189 y ss.) donde, de una parte, se precisaba que la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regiría por la normativa propia de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, mientras que la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada debía ajustarse a los “principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”, concretados en unos procedimientos de adjudicación cuyo delimitación y articulación se remitía a la decisión de cada ente instrumental a través de unas instrucciones internas de obligado cumplimiento.

Esta sistemática regulatoria ha sido fuertemente criticada a nivel doctrinal²⁹ al considerar, en síntesis, que la “deslegalización procedimental” generaba una gran inseguridad jurídica y falta de previsibilidad, dado que en muchos casos no se procedía a la efectiva publicación en el perfil del contratante de las instrucciones que establecían los procedimientos de adjudicación. Tal situación determinaba, además y según este sector doctrinal, una fuerte distorsión en la competencia debido a la fragmentación del régimen jurídico de adjudicación, estableciendo una diferencia esencial de régimen jurídico en función de la forma jurídica adoptada de difícil justificación. Se favorecía así la fragmentación del mercado y la existencia de prácticas de naturaleza clientelar que hacían imposible las economías de escala. Pero también daba lugar a la fijación de un régimen jurídico por algún ente instrumental que no siempre se acomodaba a las exigencias legales. Respecto de su contenido se afirmaba que no podían “consistir en la «repetición» de los procedimientos establecidos por TRLCSP para las Administraciones públicas, pues en dicho caso la mejor opción debía ser no publicar

²⁸ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02) (DOUE de 1 de agosto de 2006).

²⁹ DÍEZ SASTRE (2017a: 250); GIMENO FELIÚ (2010: 28).

Instrucciones y aplicar directamente el régimen derivado del artículo 190 TRLCSP³⁰.

8. La nueva regulación contenida en la LCSP, en una primera aproximación, parece asumir esta crítica y, aparentemente, suprime la figura de las Instrucciones internas de contratación como elemento de regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos no sometidos a regulación armonizada por parte de los entes instrumentales que tengan la consideración de poder adjudicador³¹. Se produce así, *prima facie*, una nueva “legalización” y “uniformización” del régimen de preparación y adjudicación de estos contratos³². No obstante, la Disposición Transitoria 5ª LCSP precisa que “Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos”.

¿Esta regulación transitoria significa que las instrucciones ya aprobadas por los entes instrumentales en materia de suelo y vivienda siguen vigentes, si bien deben adaptarse a las prescripciones del art. 318 LCSP? ¿Cabe defender la vigencia de tales instrucciones exclusivamente en lo relativo a la preparación de los contratos no sometidos a regulación armonizada, así como su carácter vinculante *ad intra*? ¿Es posible aprobar *ex novo* Instrucciones internas por tales órganos con carácter facultativo, centradas en esos concretos extremos? La respuesta no resulta sencilla³³.

³⁰ Así, Informe 2/2016 de la JCCA de Canarias, de 7 de junio; Informe 15/2015 de la JCCA de Cataluña, de 21 de diciembre; o Informe 3/2015 de la JCCA de Aragón, de 17 de marzo. Resulta interesante comprobar cómo se precisa que no resultaba inexcusable en todo caso la existencia de una mesa de contratación; se consideraba correcta la exigencia de garantías provisionales y definitivas, así como el establecimiento de un procedimiento de adjudicación urgente, y se posibilitaba una diferente publicidad en función de su la cuantía del contrato superaba o no los 50.000 €

³¹ Expresamente, el apartado IV de la EM señala que “En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable. En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones”

³² DÍAZ SASTRE (2017b: 364); GIMENO FELIÚ (2018: 1); RODRÍGUEZ PÉREZ (2018: 537).

³³ Sin mayor justificación afirma su desaparición el Informe 8/2015, de la JCCA de Aragón, 20 de mayo, si bien sobre la base del Anteproyecto. Posteriormente los Informes

Entre la documentación a publicar en el perfil del contratante figuran “las instrucciones internas de contratación”, art. 63.2 LCSP. Pero tales instrucciones son las que obligatoriamente deben ser aprobadas tanto por los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, art. 3.4 LCSP; como por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores, a tenor del art. 321 LCSP³⁴. La interpretación gramatical de la Exposición de Motivos, así como el análisis de la evolución de la regulación desde el Anteproyecto de Ley al texto finalmente aprobado por las Cortes³⁵, permiten proponer la siguiente interpretación de la Disposición Transitoria 5ª LCSP. Desde la entrada en vigor de la LCSP, las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores tienen un plazo de 4 meses para adaptar sus instrucciones a la nueva regulación del art. 321 LCSP. Transcurrido ese plazo, rige la nueva regulación (deben tener una instrucción, pero puede apartarse de la misma; *ergo* no son vinculantes). Por el contrario, los poderes adjudicadores que no son Administración Pública desde la entrada en vigor de la LCSP pueden (no es obligatorio) seguir utilizando durante 4 meses los procedimientos de contratación recogidos en sus Instrucciones internas. Transcurrido ese plazo obligatoriamente deben aplicar los procedimientos establecidos en el art. 318 LCSP.

9. La desaparición de las instrucciones internas no afecta ni lesiona la posición de los operadores económicos que pretendan contratar con tales entes. En efecto, el contenido de las instrucciones que debían aprobar los poderes adjudicadores que no fuesen Administraciones Públicas en la

24/2018, de 31 de octubre; y 11/2017, de 2 de noviembre, de la JCCA de Aragón, ya sobre el texto de la LCSP, precisan que tales Instrucciones ya sólo pueden tener una función organizativa “ad intra”.

³⁴ Y donde el carácter preceptivo y vinculante de tales instrucciones queda totalmente difuminado, al poder adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas no sólo en los contratos “menores”, sino en los demás contratos cuando sigan las prescripciones “genéricas” establecidas en el art. 321.2.b) LCSP.

³⁵ Como precisa el Informe 1116/2015 del Consejo de Estado, de 10 de marzo, “El Libro III incluye la regulación de los contratos de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública y del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, respecto de los cuales se suprime como obligatoria la aprobación de unas instrucciones de contratación, siendo a partir de ahora facultativa”. Esto es, aparentemente en la versión inicial su existencia era facultativa. Contrario a tal previsión porque supondría “una aproximación notable” entre los contratos sometidos a regulación armonizada y los no sometidos, el Consejo de Estado propugnó la exigencia de tales Instrucciones, bien para que las mismas estableciesen procedimientos de adjudicación complementarios no previstos por la Ley, bien para determinar cuándo procedería acudir a uno u otro de los procedimientos de adjudicación legalmente previstos. Es evidente que tanto el Gobierno como el Legislador rechazó esta interpretación.

anterior regulación, conforme al art. 191.b) TRLCSP, estaba conformado por “los procedimientos de contratación” de forma que quedase garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Esto es, su objeto nuclear era la identificación del procedimiento de selección y adjudicación del contrato, la regulación de su iter procedimental y de su concreto contenido³⁶. Pero no regulaban la existencia de una fase “administrativa” o “interna” de “preparación” del contrato³⁷.

Ello resulta correcto. La regulación de la fase de preparación en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas en la normativa sobre contratación tiene una clara funcionalidad: regular el procedimiento (“administrativo”) de la toma de decisión sobre la aprobación del concreto expediente de contratación en el que queda constancia, de una parte, de la necesidad de celebrar ese contrato específico y de la disponibilidad presupuestaria previa (exigencia del principio de eficiencia y legalidad presupuestaria). De otra parte, deben elaborarse los Pliegos de cláusulas administrativas y técnicas que identifican el objeto del contrato, sus prestaciones, determinando los derechos y obligaciones que corresponderán a cada parte (exigencia del principio de legalidad). En otros términos, regulan el procedimiento administrativo que disciplina la decisión administrativa de celebrar un contrato, coadyuvando a garantizar la inexistencia de arbitrariedad o corrupción. Esa fase también implica la decisión sobre cuál de los tres tipos de procedimientos (ordinario, urgente y emergencia) y sobre que modalidad de selección se adoptará. Pero estas determinaciones exceden el objeto de la fase de preparación, al incorporar determinaciones propias de la fase de adjudicación y formalización del contrato. En definitiva, se establecen reglas propias del derecho de organización de la persona jurídico-pública en materia de contratación

³⁶ GIMENO FELIÚ (2010: 29) señalaba como contenido (i) Designación de la unidad u órgano responsable de la adjudicación del contrato; (ii) Condiciones de aptitud del licitador -si bien eran aplicables las normas legales; (iii) procedimientos de adjudicación, que pueden ser diseñados “a la carta”, con indicación de plazos; (iv) formas de publicidad; (v) condiciones de ejecución; y (vi) sometimiento a la jurisdicción civil.

³⁷ Baste citar aquí dos ejemplos. Las Instrucciones Internas de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo del Ayuntamiento de Madrid, art. 6, o las Instrucciones Internas de la Empresa Municipal de Gestión Urbanística de San Sebastián, art. 4. En ambas se establece como contenido de tal “fase de preparación” la necesidad de dejar constancia de la naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato proyectado, así como de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, además de la obligación de elaborar un Pliego de Cláusulas Administrativas.

pública³⁸. A su vez, en la determinación de la necesidad de contratar, la existencia de capacidad financiera para afrontar el contrato y la identificación del objeto (fijación de las prestaciones) en una entidad que se rige por el derecho privado, y que ha sido creada por una Administración territorial con la finalidad de actuar de forma flexible, resulta más operativo regirse por las normas jurídico-privadas que disciplinan la organización de esa persona jurídico-privada. Unas instrucciones vinculantes, con eficacia tanto interna como externa, resultarían disfuncionales³⁹. La fase que presenta trascendencia para los intereses de los operadores económicos es la fase de adjudicación, regulada ahora por las disposiciones de la LCSP.

Desde estas premisas, puede admitirse la existencia de documentos (se denominen instrucciones internas o asuman cualquier otra identificación) que, sobre la base del principio de transparencia, identifiquen el procedimiento que el ente instrumental seguirá para concretar la necesidad de contratar, confirmar la disponibilidad financiera y adoptar el correspondiente pliego, junto con el procedimiento de contratación que articulará la adjudicación del contrato. Pero tal documento no desplegará ningún efecto respecto de los operadores económicos⁴⁰. Éstos no podrán

³⁸ Sobre tal concepto, cfr. GALLEGO ANABITARTE – CHINCHILLA PEINADO – DE MARCOS FERNÁNDEZ – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2000: 22).

³⁹ En este sentido DÍAZ SASTRE (2017b: 368) propugna que las instrucciones desaparecen, debiendo suprimirse expresamente transcurrido el plazo transitorio.

⁴⁰ En la misma línea GIMENO FELIÚ (2018: 1), señala que tales documentos “tendrán una función *ad intra* para regular los aspectos organizativos de la contratación (competencias, mesas, contenido del expediente, tramitación urgente...”. Al respecto el Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado afirma que “sólo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en las Sección 2ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley... las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponible frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante...”. En idéntico sentido, la Recomendación de la JCCP del Estado de 28 de febrero de 2018 afirma que “únicamente cabría admitir la existencia de instrucciones a los efectos meramente internos y organizativos”, sin efectos jurídicos frente a terceros, ya que “el régimen procedimental y sustantivo de la selección del contratista será exclusivamente el definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación”. Por ello exige que, en caso de aprobarse tales documentos internos, “debe contemplarse en ellas expresamente su eficacia meramente interna, reproduciendo el mandato del artículo 318.b), y explicitando que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales”.

basar ninguna pretensión anulatoria o indemnizatoria en su pretendido incumplimiento. Ahí se encuentra su función organizativa "ad intra"⁴¹.

II. TIPOLOGÍA Y NATURALEZA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS ENTES INSTRUMENTALES.

A. Contratos sometidos y contratos excluidos de la LCSP celebrados por entes instrumentales.

10. Los requisitos y exigencias de la LCSP se aplican a los contratos de obras, concesión de obras, servicios y suministros, regulados en los arts. 12 a 18 LCSP⁴². La práctica pone de relieve la variabilidad del objeto de los contratos celebrados por las Entidades Públicas Empresariales y Sociedades mercantiles con competencias en materia de vivienda y suelo. Así, el objeto del contrato de obras puede consistir, p.e., en el proyecto básico y de ejecución, redacción del estudio de seguridad y salud, dirección facultativa y ejecución de las obras⁴³; ejecución de obras de construcción de edificio destinado a viviendas con protección pública de precio limitado (VPPL), garajes y trasteros⁴⁴. A su vez, el objeto del contrato de servicios puede consistir, p.e., en limpieza y conserjería de edificios⁴⁵; mediación de seguros⁴⁶; mantenimiento integral de ascensores⁴⁷; asistencia para la redacción de proyectos, dirección facultativa de las obras, certificación y liquidación de las mismas⁴⁸; vigilancia de edificios y otros bienes⁴⁹; o en la asesoría jurídica. En cuanto al contrato de suministros, su objeto puede consistir en material de software, vestuario, carpintería exterior, mobiliario a instalar en las viviendas construidas... etc.

11. Quedan excluidos de la aplicación de la LCSP, por lo que aquí interesa, de una parte, los convenios que puedan suscribir los entes instrumentales con su Administración matriz o con cualquier otra Administración territorial conforme al art. 6.1 LCSP, dado que no tienen vocación de mercado. Aquí quedarían comprendidos, p.e., los Convenios de colaboración suscritos entre el Ministerio de Fomento y la correspondiente

⁴¹ Informes 24/2018, de 31 de octubre; y 11/2017, de 2 de noviembre, de la JCCA de Aragón.

⁴² Resultan excepcionales los contratos de concesión de obra y concesión de servicio celebrados por una sociedad instrumental.

⁴³ Acuerdo 19/2014 TACP Madrid, de 29 enero (Recurso 12/2014).

⁴⁴ Acuerdo 40/2011 TACP Madrid, de 14 de julio (Recurso 33/2011).

⁴⁵ Acuerdo 14/2015 TACP de Madrid, de 21 de enero (Recurso 5/2015).

⁴⁶ Acuerdo 209/2013 TACP Madrid, de 26 de diciembre (Recurso 217/2013).

⁴⁷ Acuerdo 12/2015 TACP Madrid, de 21 de enero (Recurso 247/2014)

⁴⁸ Acuerdo 65/2015 TACP Madrid, de 29 de abril (Recurso 53/2015).

⁴⁹ Acuerdo 129/2014 TARC Andalucía, de 29 de mayo (Recurso 236/2013).

Comunidad Autónoma para la ejecución del Plan Estatal de Fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas. Allí la Comunidad Autónoma asume la obligación de “Fomentar los mecanismos de cooperación interadministrativa. A tal fin, fomentarán y comunicarán al Ministerio de Fomento las encomiendas de gestión del Plan o de alguno de sus programas que realicen a empresas públicas, autonómicas o municipales”. O los convenios suscritos entre la Comunidad Autónoma, el Ayuntamiento y la empresa municipal; p.e., el Convenio entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza, a través de la sociedad municipal Zaragoza Vivienda, S.L.U., en el programa de movilización de vivienda vacía, de 25 de abril de 2016 (BOA núm. 104, de 1 de junio). Igualmente quedan excluidos los convenios urbanísticos (fundamentalmente de gestión)⁵⁰ que, conforme a la legislación urbanística correspondiente, puedan suscribir estas entidades con los propietarios de suelo, art. 6.2 LCSP.

También quedan excluidos conforme al art. 9 LCSP los contratos patrimoniales⁵¹ (de explotación o de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles) que puedan celebrar sobre las viviendas o edificios que formen parte de su patrimonio. Aquí quedaría comprendido, p.e., la enajenación directa y onerosa efectuada por la EMVS de Madrid, S.A., a cada uno de los titulares superficiarios, de la cuota de suelo que les corresponde de las viviendas, locales comerciales, anejos y garajes, en la misma proporción a las cuotas que dichos inmuebles tienen asignados en los elementos comunes que integran cada uno de los edificios construidos en las parcelas municipales cedidas en derecho de superficie a través del denominado Plan 18.000. Las dudas que suscitaba la figura de la permuta por obra futura quedan clarificadas. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias del contrato de obras si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad.

⁵⁰ Sobre la regulación de tales convenios urbanísticos y su régimen jurídico, cfr. CHINCHILLA PEINADO (2006: 73).

⁵¹ Sobre la regulación de los contratos patrimoniales y el reenvío de la normativa patrimonial a la legislación contractual cfr. CHINCHILLA PEINADO (2017: 273).

B. Contratos sometidos a la LCSP. Una doble tipología: contratos sometidos a regulación armonizada versus contratos no sometidos a regulación armonizada; contratos administrativos versus contratos privados.

12. Para el Derecho Europeo, los contratos celebrados por un ente instrumental con competencia en materia de vivienda y suelo con cualquier operador económico cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios, y que superen un umbral económico⁵², tienen la consideración de “contratos públicos”, a tenor del art. 2.1, apartado 5, de la Directiva 2014/24/UE. El adjetivo “público” hace aquí referencia, no al régimen jurídico que los Estados miembros deban establecer para regular tales contratos (aplicación de normas de Derecho público o de Derecho privado), sino al origen último de los fondos que financian la adquisición de las obras, suministros o servicios: fondos públicos⁵³. Se trata, por tanto, de un concepto autónomo de derecho de la Unión Europea. Por su relevancia para el mercado interior, se establece una regulación común (armonizada) a todos los Estados miembros. La regulación de los contratos que no superen ese umbral, al no tener relevancia para el mercado interior, queda residenciada, como competencia exclusiva, en los Estados miembros.

13. La LCSP adopta como criterio primario, junto con el carácter funcional del umbral, el criterio del sujeto que celebra el contrato⁵⁴. Así, establece un régimen jurídico diferenciado para los contratos celebrados por los entes instrumentales que tienen la condición de poder adjudicador en el Título I del Libro Tercero LCSP, arts. 316 a 320. Allí se diferencia entre contratos armonizados y contratos no armonizados. Y dentro de éstos, entre contratos que pueden ser adjudicados directamente y contratos que deben ser adjudicados mediante un procedimiento concurrencial. Esta clasificación tiene su reflejo, fundamentalmente, en la regulación del procedimiento de adjudicación, en los plazos de licitación y la publicidad de que debe ser objeto.

Se consideran contratos sujetos a regulación armonizada, conforme a los arts. 19, 20, 21 y 22 LCSP los contratos de obras y concesión de obras cuyo

⁵² Cuantías actualizadas por el Reglamento delegado (UE) 2017/2365 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2017.

⁵³ Cfr. Considerando 4º Directiva 2014/24/UE.

⁵⁴ El legislador español modaliza el concepto autónomo de derecho de la Unión Europea “contrato público”, complejizándolo y adaptándolo a la tradicional distinción entre contratos sometidos a un régimen de derecho público y contratos sometidos a un régimen de derecho privado, propia del derecho español.

valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 €⁵⁵; y los contratos de suministro y servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 €⁵⁶. Igualmente tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada, art. 23 LCSP, aquellos contratos de obras y servicios subvencionados directamente en una cuantía superior al 50% por poderes adjudicadores y cuyo objeto sean obras de ingeniería civil (edificios) y centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 €.

Los contratos que no superen esos umbrales tienen la consideración de contratos no sujetos a regulación armonizada. Dentro ellos, conforme a la regulación propia del legislador español puede diferenciarse, de una parte, los contratos susceptibles de ser adjudicados directamente (contratos menores), categoría conformada por los contratos de obra y concesión de obra con valor estimado inferior a 40.000 € y los contratos de servicios y suministros con valor estimado inferior a 15.000 €. De otra parte, los contratos que deben ser adjudicados a través de un procedimiento concurrencial, que están conformados por los contratos de obra y concesión de obra con valor estimado entre 40.000 € y 5.548.000 €; y los contratos de servicios y suministros con valor estimado entre 15.000 € y 221.000 €.

En todo caso, y con independencia de su cuantía, conforme al art. 19.2.e) LCSP no tendrán la consideración de contratos sometidos a regulación armonizada los contratos de servicios que tengan por objeto (i) la representación y defensa legal del ente instrumental por un procurador o un abogado, ya sea en procedimientos administrativos o jurisdiccionales; (ii) el asesoramiento jurídico prestado como preparación de un procedimiento administrativo o jurisdiccional ya existente o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos administrativos y jurisdiccionales, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado; y (iii) los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público. Resulta evidente que aquí prima el conocimiento del Derecho del

⁵⁵ Cuando hay fraccionamiento en lotes, tienen la consideración de armonizados cada lote si la suma conjunta de todos ellos supera ese valor, si bien podrán designarse como no armonizados aquellos lotes que tenga un valor inferior a 1.000.000 €, si los lotes exceptuados no superan el 20% del total.

⁵⁶ Cuando hay fraccionamiento en lotes, tienen la consideración de armonizados cada lote si la suma conjunta supera ese valor, si bien podrán designarse como no armonizados los lotes con valor sea inferior a 80.000 €, siempre que los lotes exceptuados no superan el 20% del total.

Estado miembro, lo que hace no aconsejable exigir los requisitos de publicidad propios de la garantía del mercado interior a nivel europeo.

14. Todos los contratos que celebren estos entes instrumentales, estén o no sometidos a regulación armonizada, son calificados por el art. 26.1.b) LCSP, como contratos privados. Esta calificación determina su régimen jurídico⁵⁷. Conforme al art. 26.3 LCSP, tales contratos “se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación (actos separables). En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205”.

Esto es, de forma sintética, puede afirmarse que el calificativo de “privados” de estos contratos se proyecta, fundamentalmente, sobre su régimen de ejecución (efectos y extinción), sometido a las normas de derecho privado establecidas por el Código Civil fundamentalmente⁵⁸. Por el contrario, el régimen de preparación y adjudicación contenido en tales artículos es, sustancialmente, jurídico-público. En efecto, el régimen diseñado para la preparación y adjudicación por los arts. y 317 (contratos armonizados) y 318 (contratos no armonizados) es como sigue: contratos armonizados: la preparación y adjudicación se rigen por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II LCSP; los contratos no armonizados: su adjudicación se efectuará por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo LCSP, o directamente en función de su cuantía.

⁵⁷ La opción del legislador español en relación con estos contratos determina que las fases de preparación y adjudicación tengan atribuida preferentemente como organización de cumplimiento al propio ente instrumental en la medida en que ejerce poderes ejecutivos decisorios (vinculantes, sin mediación judicial), mientras que las fases de ejecución y extinción tienen atribuidas como organización de cumplimiento preferente a los órganos jurisdiccionales civiles. Sobre ello, cfr. VELASCO CABALLERO (2014: 88).

⁵⁸ Y donde la norma no establece una tutela reforzada de la posición del ente instrumental, al considerar que los intereses que gestiona pueden obtener una tutela suficiente en pie de igualdad con los intereses del contratista privado.

C. El control administrativo y contencioso-administrativo de los actos de preparación y adjudicación, configurados como actos administrativos separables.

15. Dado el carácter “privado” de todos los contratos celebrados por los entes instrumentales en su condición de poderes adjudicadores, ahora se configuran a los actos de preparación y adjudicación como actos separables en todos los contratos, sean o no armonizados⁵⁹. Aquí hay un cambio regulatorio significativo respecto de la normativa previa, donde el control de estos actos correspondía a la jurisdicción civil si se trataba de contratos no sometidos a regulación armonizada⁶⁰. Ahora, dada su configuración como actos separables, están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, art. 27.1.b) LCSP. Se trata, por tanto, de actos que desde la perspectiva de su control jurisdiccional deben configurarse como “resoluciones administrativas”⁶¹. Ello es expresamente afirmado, si bien en el ámbito de la posible revisión de oficio por el art. 41.2 LCSP⁶². Esa configuración permite afirmar que los actos adoptados en la fase de preparación y adjudicación, sean respecto de contratos armonizados o no armonizados, están sometidos al régimen de validez de causas de derecho civil y de derecho administrativo contempladas en los arts. 38 a 43 LCSP. Además, naturalmente, les resultan de aplicación las previsiones de la Ley 39/2015, a tenor de su art. 2.2.b), al ser entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración Pública que ejercen “potestades administrativas”⁶³.

⁵⁹ GAMERO CASADO (2017: 136); DÍAZ SASTRE (2017b: 375).

⁶⁰ Vid. art. 21.2 TRLCSP de 2011, que disponía que “el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. Sobre ello, GAMERO CASADO (2017: 130) con un detallado análisis de los antecedentes normativos, afirmando el carácter patológico de esta regulación.

⁶¹ Se trataría así de una actuación administrativa adoptada por un sujeto sometido al Derecho Privado, que no sólo se declara sujeta al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que formal y materialmente se califican, desde la exclusiva perspectiva de la LCSP, como actos administrativos. Sobre ello, GAMERO CASADO (2017: 138); DÍAZ SASTRE (2017b: 374).

⁶² Donde se establece literalmente que “A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley”.

⁶³ Sobre ello, cfr. CHINCHILLA MARÍN (2017: 26), quien correctamente precisa que al atribuir la facultad de revisar los actos o resolver los recursos a la Administración matriz se salva la contradicción que supone atribuir potestades administrativas a una sociedad pero, a cambio, se pone en evidencia la intensidad del dominio que el ente público matriz ejerce

16. Con carácter previo a su control por la jurisdicción contencioso-administrativa, los actos separables (preparación y adjudicación), tanto de los contratos sometidos a regulación armonizada como no armonizada, están sometidos a las siguientes técnicas de control administrativas. De una parte, mediante el recurso especial (potestativo) en materia de contratación, de naturaleza precontractual⁶⁴. Aquí existe una doble limitación. Por una parte, de carácter objetiva, dado que sólo son susceptibles de este recurso aquellos actos contemplados en el art. 44.2 LCSP:

- **Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.**
- **Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente.**
- **La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.**
- **Los acuerdos de adjudicación.**
- **Las modificaciones que infrinjan el régimen legal al configurarse como nuevas adjudicaciones.**
- **Los acuerdos de rescate de concesiones.**

Los vicios que afecten a actos distintos de los anteriormente referenciados podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación para su corrección con arreglo a derecho. Tal actuación no puede ser calificada como un recurso administrativo, sino como la simple puesta de manifiesto de la concurrencia de una posible irregularidad. Irregularidades que de mantenerse podrán ser puestas de manifiesto ulteriormente al recurrir el acto de adjudicación.

sobre su sociedad mercantil, ya que aquel, de oficio, puede anular los actos adoptados por esta.

⁶⁴ Sobre tal naturaleza "precontractual", DÍAZ SASTRE (2017a: 271).

La segunda limitación es de carácter cuantitativo, ya que el recurso especial sólo se proyecta sobre los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos, armonizados o no, contemplados en el art. 44.1 LCSP. Por tanto:

- **contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 3.000.000 €**
- **contratos de suministro y servicios que tenga un valor estimado superior a 100.000 €.**

Estos concretos actos (delimitados a través de ese doble criterio) no pueden ser objeto de recursos administrativos ordinarios (alzada o reposición), art. 44.5 LCSP. Su control se realiza bien mediante este recurso especial potestativo o bien directamente mediante el recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La atribución de la competencia para conocer de tal recurso especial se efectúa de forma indirecta por la LCSP. Corresponde al órgano que conozca de los recursos especiales que se interpongan frente a la Administración matriz de la que dependa el ente instrumental, conforme al art. 47 LCSP. Ello resulta lógico, dada la funcionalidad instrumental que presentan tales entes respecto de su administración matriz.

17. A su vez, el conjunto de actos de adjudicación de los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 3.000.000 € y de los contratos de suministro y servicios cuyo valor estimado sea inferior a 100.000 € (por lo que, por tanto, no son susceptibles de ser recurridos a través del recurso especial) podrán ser recurridos mediante un recurso de alzada (impropio)⁶⁵ formulado ante la Administración matriz, conforme al art. 44.6 LCSP. Quedan así excluidos del control los actos de preparación, dada su falta de relevancia en una personificación jurídica privada (como se señaló *ut infra*). Parece razonable mantener aquí el carácter obligatorio de este recurso administrativo por razones funcionales. Permite, por un lado, que la Administración matriz ejerza una adecuada tutela jurídica. Por otro lado, constituye un filtro de acceso a la jurisdicción, donde la tutela otorgada con carácter general se proyectará sobre un contrato ya ejecutado.

La cuestión aquí es determinar cuál sea el órgano ante el que debe formularse tal recurso de alzada impropio. El art. 44.6 LCSP alude al “titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela”. En el caso de una

⁶⁵ GAMERO CASADO (2017: 140). Otorga esa denominación la Recomendación de la JCCP del Estado de 28 de febrero de 2018.

sociedad mercantil local, el precepto legal ¿se está refiriendo al Alcalde, al Pleno o al Concejal competente en materia de vivienda y suelo? En la medida en que la sociedad mercantil es una sociedad municipal y que el Pleno del Ayuntamiento actúa como Junta General de la sociedad, pudiera parecer que el órgano competente para la resolución de los recursos de alzada impropios en este caso debería ser tal órgano, el Pleno del Ayuntamiento. No obstante, aquí debe primar la regulación de los arts. 21.1.s) y 124.4.ñ) LRBRL, correspondiente la competencia al Alcalde al tratarse de una competencia asignada al municipio y no atribuida expresamente a otro órgano municipal, sin perjuicio de la posible delegación o desconcentración de tal competencia. En el caso de una entidad pública empresarial autonómica, el órgano competente será el titular de la Consejería a la que se encuentre adscrita.

18. Todos estos actos son, además, susceptibles de ser sometidos a los procedimientos de revisión de oficio (revisión de oficio de actos nulos de pleno y declaración de lesividad de actos anulables conforme a los arts. 106 y 107 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) conforme al art. 41 LCSP. Lo relevante es que ese procedimiento de revisión de oficio debe ser incoado y resuelto, no por el ente instrumental (que no tiene la consideración de Administración Pública), sino por la Administración matriz que ejerce las funciones de tutela sobre tal ente instrumental, de oficio (bien mediante la solicitud del propio ente instrumental bien incluso frente a la posición contraria de tal ente), o mediante la solicitud de cualquier interesado en el caso de la revisión de oficio de actos nulos (acción de nulidad).

19. En definitiva, y como se ha descrito gráficamente, se ha producido un “retorno” al Derecho Administrativo que, junto con otras medidas de control económico y financiero⁶⁶, de identificación del patrimonio de tales entes como público⁶⁷, permiten afirmar una cierta neutralización de los efectos de la “huida” del Derecho Administrativo que justificó la creación de estos entes instrumentales.

III. PREPARACIÓN, ADJUDICACIÓN Y FORMALIZACIÓN.

⁶⁶ Sobre las mismas, cfr. HERNANDO RYDINGS (2017: 300).

⁶⁷ El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 ha acordado que los bienes y efectos que integran el patrimonio de las sociedades mercantiles en las que participa una Administración Pública tienen la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación.

A. *Identificación del sistema de fuentes.*

20. El nuevo régimen legal establecido en los arts. 316 a 319 LCSP ha optado por la uniformidad de régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos de estos entes instrumentales, estén sometidos o no a regulación armonizada, con los contratos celebrados por las Administraciones Públicas⁶⁸. No obstante, esta afirmación debe matizarse ya que no se ha producido una uniformización total en la fase de preparación y adjudicación. En efecto, el art. 317 LCSP determina que en los contratos armonizados la preparación y adjudicación se rigen íntegramente por la regulación establecida en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo LCSP (arts. 115 a 187 LCSP). Por el contrario, el art. 318 LCSP simplemente determina que en los contratos no armonizados la adjudicación se efectuará por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo LCSP, (arts. 131 a 187 LCSP) o directamente en función de la cuantía. A su vez, el art. 26.3 LCSP, precisa que todos estos contratos (armonizados o no) “se registrarán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación” (arts. 316 a 320 LCSP). Las múltiples remisiones han generado grandes dudas sobre el concreto régimen aplicable a los contratos no armonizados que deben ser adjudicados mediante un procedimiento concurrencial y los que pueden ser adjudicados directamente.

21. Resulta razonable proponer la siguiente interpretación, que conjuga tanto el elemento de “legalización” de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos de estas entidades como el elemento de flexibilidad que sigue justificado el recurso a una personificación instrumental. Con carácter incuestionable, en los contratos sujetos a regulación armonizada, la preparación y adjudicación se rige íntegramente por las reglas establecidas para los contratos de las Administración públicas. La uniformidad aquí es total, tanto horizontal entre todas las entidades instrumentales, como vertical con sus Administraciones matrices. Por el contrario, en los contratos no sometidos a regulación armonizada, la adjudicación se rige por las reglas que regulan los procedimientos aplicables a las Administraciones Públicas (si bien sin preferencia entre ellos), lo que permite afirmar la uniformidad horizontal, pero no la uniformidad vertical. No existe un único modelo funcional de poder adjudicador. Aquí se requiere una explicación.

⁶⁸ GIMENO FELIÚ (2018: 1).

B. Elementos comunes a todos los contratos.

22. En todos los contratos de estas entidades rigen las normas de capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, identificación del objeto y precio del contrato, así como las normas de fiscalización interna y externa (a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa competente, del Tribunal de Recursos contractuales en su caso y del Tribunal de Cuentas u órgano autonómico), así como las relativas al Registro de Contratos del Sector Público.

23. No cabe establecer ningún tipo de “tasa de licitación” para poder participar en los procedimientos de adjudicación⁶⁹. Ello constituiría un obstáculo al acceso a la licitación en un doble sentido: puede suponer que ciertos licitadores interesados en acceder al procedimiento desistan de participar por razón de la “tasa” y puede suponer que no todos los licitadores sufran los mismos efectos como consecuencia de la existencia de una “tasa” única y fija. Se limitaría así, de forma injustificada y sin base legal el derecho subjetivo a participar en la licitación que debe reconocerse a todo de operador económico interesado en participar en una licitación si ostenta las condiciones de capacidad y de solvencia requeridas y no estar afectado por una prohibición de contratar (principio de libertad de acceso a las licitaciones).

24. Por lo que respecta al régimen de garantías, conforme al art. 114 LCSP, los entes instrumentales pueden exigir una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación, así como una garantía al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación. Tales garantías (que podrán prestarse en efectivo o en valores, mediante aval o mediante seguro de caución conforme al art. 108 LCSP) tendrán una cuantía máxima del 3% del presupuesto base de licitación del contrato, excluido el IVA por lo que respecta a la garantía provisional y del 5% del precio final ofertado por el adjudicatario, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que respecta a la garantía definitiva. La cuantía concreta, así como el régimen de devolución o cancelación deberá fijarlo el órgano de contratación en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas. La garantía debe constituirse a favor del licitador adjudicatario. Si este resulta ser una UTE, la entidad avalada será o esta, si se hubiera ya constituido, o, en caso contrario, cada una de las empresas que la integran, dado que son estas las que presentan, de manera conjunta, la oferta económica más ventajosa, y no solo una de

⁶⁹ Informe 12/2016, de 27 de abril, JCCA del Estado.

ellas.. Resulta defectuoso, por insuficiente, un aval que se otorgue exclusivamente a favor de una sola de las empresas que conforman la UTE, siendo causa justificativa de la exclusión de tal licitador⁷⁰. Y ello por el carácter insubsanable de la falta de presentación de la garantía, provisional (que debe presentarse antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones y con anterioridad a la presentación de la concreta oferta)⁷¹ y definitiva.

La pregunta que surge aquí es si el limitado alcance de esa garantía puede complementarse con la exigencia de un seguro de responsabilidad civil. Los supuestos que estén ya cubiertos por la garantía definitiva no deben tener una sobre-cobertura diferente a la establecida por la LCSP mediante la obligación de la suscripción de un seguro o de otro sistema de aseguramiento. En esta categoría deben quedar comprendidos los daños derivados de la demolición de la construcción por ejecución incompleta o deficiente de la obra contratada y la finalización de la obra por ejecución incompleta del contrato, ya que ahí no puede entenderse que se hubiese ejecutado el contrato de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración. Pero aquellos supuestos no cubiertos por la garantía definitiva, que son los producidos una vez ejecutada la obra y extinguido el contrato, sí pueden ser objeto de un aseguramiento adicional⁷². Cabe incorporar en el Pliego la exigencia de suscribir por el adjudicatario una póliza de seguros obligatoria para asegurar los daños y gastos debidos a vicios ocultos que no se ponen de manifiesto hasta después de la finalización del contrato, así como los daños causados a terceros, con el fin de evitar las consecuencias de la incompleta o deficiente ejecución por vicios ocultos, ante la posibilidad de que la personalidad jurídica del adjudicatario se extinga a la finalización del contrato. Dado que el plazo de responsabilidad del contratista por los vicios ocultos de la obra alcanza los quince años, la cobertura del seguro suscrito incluye los riesgos derivados de la existencia de tales vicios, pudiendo coincidir su duración o ser inferior al periodo de responsabilidad establecido en la Ley. Obviamente tal exigencia debe configurarse como requisito para la ejecución del contrato y no como condición de aptitud para contratar⁷³.

25. En los contratos que requieran un tratamiento por parte de terceros de datos de carácter personal, no resulta precisa la formalización de un

⁷⁰ Resolución 744/2016, de 23 de septiembre, del TACRC (Recurso 704/2016).

⁷¹ Acuerdo 345/2017, de 16 de noviembre, del TACP de la Comunidad de Madrid (Recurso 345/2017).

⁷² Informe 10/2016, de 27 de abril de 2017 de la JCCA del Estado.

⁷³ Sobre ello, cfr. CHINCHILLA PEINADO (2018: 97).

contrato concreto sobre protección de datos ni incorporar texto alguno al respecto en el contrato administrativo a formalizar, siempre y cuando las previsiones al respecto requeridas por la legislación sobre protección de datos figuren en los pliegos de cláusulas administrativas particulares⁷⁴

C. Los contratos adjudicados mediante un procedimiento concurrencial.

a. Los contratos sometidos a regulación armonizada.

25. El art. 317 LCSP incorpora una remisión en bloque a las reglas de preparación y adjudicación de los contratos sometidos a regulación armonizada suscritos por una Administración Pública. Existe, por tanto, una completa y total uniformidad de régimen jurídico, sin especialidad alguna⁷⁵, en cuanto a la preparación y adjudicación de tales contratos. La tipología del poder adjudicador (entidad instrumental) no tiene ninguna incidente. Esta es una exigencia derivada del Derecho Europeo

b. Los contratos no sujetos a regulación armonizada (“ordinarios”).

26. El art. 318 LCSP, en su letra b) afirma la indiferencia en la selección del procedimiento de adjudicación. Literalmente determina que “se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”. ¿Cómo interpretar la remisión efectuada a los distintos procedimientos? Para un sector doctrinal aquí se contiene la remisión *in totum* a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos⁷⁶. Cuando se adopte un concreto procedimiento, se aplicará íntegramente la concreta regulación establecida por la LCSP (plazos, publicidad... etc.). Esta misma posición ha sido adoptada por la JCCP del Estado⁷⁷, con la siguiente argumentación:

“...Se concede a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública la posibilidad de optar por

⁷⁴ Informe 6/2017, de 5 de octubre, de la JCCA de la Comunidad de Madrid.

⁷⁵ RODRÍGUEZ PÉREZ (2018: 540). Las diferencias con la regulación del TRLCSP de 2011 son notables. El art. 190 TRLCSP no imponía la intervención del comité de expertos, la formalización en documento administrativo, la publicación de las licitaciones y adjudicaciones en el BOE o en los diarios autonómicos.

⁷⁶ Por todos, GIMENO FELIÚ (2018: 1).

⁷⁷ Recomendación de la JCCP del Estado de 28 de febrero de 2018. En la misma línea, se había pronunciado el Informe 2/2018, de 17 de enero de la Abogacía del Estado.

cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas y ello debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos procedimientos. *Tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no alianza también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 en sus dos modalidades, los cuales se podrán emplear siempre y cuando se cumplan los requisitos sustantivos que permiten su uso, esto es, el relativo al valor estimado del contrato en cuestión, la limitación de la utilización de los criterios sujetos a un juicio de valor y los procedimentales que les son propios (como la inscripción de los licitadores en el ROLECE). Otra solución conduciría a situaciones ajenas a la intención evidente del legislador. La omisión de los requisitos de acceso al procedimiento más simplificado permitiría flexibilizar injustificadamente la selección del contratista en contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada. Tal circunstancia no es coherente con la finalidad de la norma y no debe reconocerse como ajustada a derecho...*

Desde esta interpretación, la indiferencia en la elección del procedimiento tiene como límite la propia regulación legal del procedimiento. Así, la entidad instrumental podrá optar indistintamente por el procedimiento abierto, el procedimiento restringido, el diálogo competitivo, y la asociación para la innovación). Por el contrario, el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto "super simplificado" sólo podrán utilizarse cuando el valor estimado del contrato en cuestión y su objeto coincida con las previsiones legales.

27. Esta no parece una interpretación asumible, al resultar frontalmente contraria al tenor literal de la Ley (*in claris non fit interpretatio*). La ideología o la imagen personal del intérprete jurídico acerca de cómo debería regularse la contratación pública en los ámbitos no sujetos al Derecho europeo (y por tanto no armonizados) no puede suplantar la voluntad del legislador⁷⁸. En efecto, como ya apuntó el Consejo de Estado⁷⁹,

⁷⁸ Correctamente BLÁZQUEZ LIDOY (2018: 20), precisa que la interpretación de la JCCP responde a criterios de *lege ferenda*, no de *lege data*. El problema reside en la relevancia y ascendencia que la JCCP proyecta sobre los órganos de contratación, que determinará que previsiblemente se adopte como vinculante lo que es, simplemente, una posición interpretativa divergente con la Ley.

⁷⁹ Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016.

con la interpretación ahora defendida por la JCCP se eliminaría la diferenciación de régimen jurídico entre contratos armonizados y no armonizados (salvo el régimen de publicación y plazos), siendo más razonable entender que en el ámbito de los contratos no armonizados “los procedimientos de adjudicación han de ser los previstos en la Ley, pero que se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados legalmente... La excepción sería entonces el procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente podría ser utilizado en los casos previstos legalmente.”. Esa misma idea de establecer un régimen jurídico uniforme constituyó el objeto de varias enmiendas al Proyecto de Ley⁸⁰ y no fue asumida por las Cortes en el texto finalmente aprobado⁸¹. Lo que el legislador ha determinado es la uniformización “horizontal” de los procedimientos de adjudicación que deben utilizar los poderes adjudicadores del sector público que no sean Administración pública. No se permite que cada ente diseñe sus propios procedimientos concursenciales, sino que se les impone la utilización de los procedimientos ya diseñados por el legislador. Pero ello no implica una uniformización “vertical” con los poderes adjudicadores que son Administración pública. Para las Administraciones Públicas la elección de uno u otro procedimiento está predeterminada por los requisitos exigidos por la propia LCSP. Por el contrario, para los entes instrumentales que no son Administración Pública, la elección por uno u otro procedimiento es “libre” o indiferente, salvo en el caso del procedimiento negociado sin publicidad, al que sólo pueden acudir en los supuestos legalmente previstos. Esta es la interpretación finalista que el propio legislador expresa en la Exposición de Motivos, apartado IV⁸²:

“...se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma

⁸⁰ Enmienda núm. 166, del G.P. Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; Enmienda núm. 752, del G.P. Socialista; Enmienda núm. 943 del G.P. Mixto. Todas ellas en la tramitación en el Congreso. En el Senado, Enmienda núm. 104 del G.P. Socialista; y Enmienda núm. 244 del GP Nacionalista Partit Demòcrata (PDECAT-CDC)-Agrupación Herreña Independiente-Coalición Canaria (AHI/CC-PNC) (GPN).

⁸¹ La redacción del artículo 317, tiene su origen en la aceptación por la Ponencia de la enmienda transaccional procedente de las enmiendas 166 del GP Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y 752 del GP Socialista, donde simplemente se actualizan las cantidades iniciales del Proyecto de Ley.

⁸² Aquí la posición del Tribunal Constitucional es terminante. Como señala, p.e., la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2016 «aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo, sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador; esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista”.

indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones...”

28. La adjudicación “por cualquiera de los procedimientos”, que se pueden “utilizar de forma indistinta”, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad “que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”, conducen necesariamente sostener una interpretación divergente y contraria a la mantenida por la JCCP. El art. 318.b) LCSP no establece una remisión al régimen “íntegro” de la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II, como sí hace expresamente el art. 317 LCSP para los contratos armonizados. Por el contrario, aquí el legislador, consciente y expresamente, otorga a las entidades instrumentales la opción de elegir indistintamente entre los diferentes procedimientos⁸³. Podrán optar por utilizar los procedimientos en los mismos supuestos previstos para las Administraciones públicas. Pero también podrán optar por utilizarlos en cualquier otro supuesto. El elemento clave es que esa es una decisión es “libre”⁸⁴.

En efecto, la regulación de los distintos procedimientos de adjudicación aparece conformada en la LCSP por dos tipos de normas dirigidas al poder adjudicador: las normas que convencionalmente podrían denominarse de carácter “procedimental” (trámites, plazos, documentación, órganos... etc.), que articulan el desarrollo de la concurrencia en el procedimiento de selección y adjudicación. Y las normas que convencionalmente podrían denominarse de “selección del procedimiento”, que establecen los requisitos (condiciones, límites) que imponen o posibilitan al poder adjudicador la utilización de uno u otro procedimiento. El art. 318.b) LCSP permite que el órgano de contratación, sin estar vinculado por las normas de “elección”, opte por unas u otras normas “procedimentales”. Consecuentemente, no rigen de forma obligatoria los criterios de precedencia establecidos por el art. 131 LCSP.

29. Esta flexibilidad en la adopción del concreto procedimiento de adjudicación no puede considerarse contraria al principio de seguridad

⁸³ En esta misma línea, GALLEGO CÓRCOLES (2018: 105); BLÁZQUEZ LIDOY (2018: 20).

⁸⁴ Expresamente los Informes 24/2018, de 31 de octubre; y 11/2017, de 2 de noviembre, de la JCCA de Aragón, afirman que los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas como el ente solicitante podrán (y deberán) acudir libremente a cualquiera de los contratos recogidos en la nueva ley con el procedimiento que le es propio a cada uno, sin poder establecer especialidades procedimentales mediante la técnica de instrucciones internas.

jurídica⁸⁵, sino que implica el reconocimiento de la flexibilidad que se busca con la creación de tales entes instrumentales. La necesaria publicidad previa de la licitación garantiza las posiciones e intereses de los operadores económicos. Máxime cuando las entidades instrumentales deben respetar los principios sobre preparación del contrato. La elección del concreto procedimiento debe realizarse de forma justificada, a la luz del art. 132 LCSP, garantizando un tratamiento igualitario y no discriminatorio de los licitadores, así como respetando los requisitos de publicidad. Además, debe favorecerse la participación de las PYMES mediante el fraccionamiento en lotes cuando sea posible, en los términos del art. 99 LCSP.

30. El art. 318.b) LCSP no hace alusión a una fase de preparación para estos contratos. ¿Ello implica que no resultan de aplicación las previsiones de los arts. 115 a 130 LCSP⁸⁶? Lo cierto es que la utilización de los diversos procedimientos de adjudicación presupone la existencia de un Pliego. Por ello resulta razonable considerar que la preparación de estos contratos se llevará a cabo respetando los principios (no las concretas reglas) aplicables a los contratos de las Administraciones Públicas. Así, el contenido del Pliego debe coincidir, como mínimo, con las previsiones de los arts. 122 y ss. LCSP. Por lo que respecta a los plazos de licitación, deberán establecerse los que resulten adecuados respetando los plazos mínimos fijados en el art. 136 LCSP, si bien los plazos establecidos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad cuando se declare tramitación urgente, art. 137 LCSP.

31. La regulación legal de los procedimientos de adjudicación a través de cualquiera de los procedimientos concurrenciales (normas procedimentales) implica la intervención de dos órganos diferenciados, el órgano de contratación y la mesa de contratación. En la regulación del art. 326 LCSP, la existencia de la mesa de contratación sólo se exige cuando el poder adjudicador es una Administración. ¿Qué ocurre en el caso de los entes instrumentales, sector público, que no son Administración pública? La condición del órgano de contratación se determina en los Estatutos del ente instrumental, conforme a las normas de derecho privado que sean en cada caso de aplicación⁸⁷. Tal órgano es el que debe acordar el inicio del

⁸⁵ No comparto la crítica formulada por DÍAZ SASTRE (2017a: 370), al considerar que ello avocará a la adopción de los procedimientos más rápidos y menos complejos - procedimiento abierto simplificado "normal" o "sumario". La realidad del "objeto" del contrato

⁸⁶ BLÁZQUEZ LIDOY (2018: 6).

⁸⁷ Que puede ser un único órgano o existir varios órganos dentro del ente instrumental, asignándose la competencia a partir de un criterio tipológico o un criterio cuantitativo. Así, p.e., en el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo el órgano de contratación es el

procedimiento de contratación y el que resuelve definitivamente el mismo, adjudicando el contrato. La existencia de un órgano de asesoramiento técnico, se denomine mesa de contratación (en la mayoría de las ocasiones) o simplemente comité de asesoramiento u otra denominación equivalente es potestativa⁸⁸. Serán las normas de autoorganización de cada ente instrumental las que determinen si existe o no tal órgano de asesoramiento técnico y, en caso afirmativo, su composición. Si opta por no crear tal órgano de asesoramiento, la función de calificación y valoración de las ofertas corresponderá al propio órgano de contratación. Si el ente instrumental opta por su existencia, puede determinar libremente su composición, respetando los principios derivados del art. 326 LCSP. En concreto, en su composición no podrá formar parte el personal del ente instrumental que haya redactado o participado de forma efectiva en la redacción de los Pliegos técnicos (dando instrucciones o haciendo observaciones de obligado cumplimiento), con el fin de evitar un posible conflicto de intereses⁸⁹. Ese personal tampoco podrá actuar como experto o asesor técnico de este órgano, al no poder predicarse de ellos el carácter de independientes, aunque sí podrán formular informes de valoración de las ofertas presentadas. Los asesores técnicos no pueden ser en ningún caso sujetos que formen parte de la estructura organizativa del ente instrumental. La cuestión aquí es si puede considerarse como experto externo al personal de la Administración matriz. La respuesta debe ser, *prima facie*, afirmativa. Las decisiones de tal órgano de valoración pueden realizarse en sesiones presenciales o mediante sesiones telemáticas. En la medida en que tal órgano debe configurarse como un órgano administrativo (que adopta una propuesta que predetermina la

Director General. A su vez, en la Empresa Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Madrid, son órganos de contratación el Consejo de Administración, el Consejero Delegado, y los Directores Generales. Éstos últimos sólo cuando el contrato no supere la cuantía de 125.000 € o cuando, superándola, sean consecuencia de previos acuerdos adoptados por el Consejo de Administración o el Consejero Delegado. Por el contrario, en la Empresa Municipal de la Vivienda de Jaén el único órgano de contratación es el Consejo de Administración.

⁸⁸ La Recomendación de la JCCP del Estado de 28 de febrero de 2018 determina este carácter facultativo, si bien considera, por remisión a la Instrucción 1/2008 de la Abogacía General del Estado, que "una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa (requiere la existencia de) un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible, e incluso aconsejable, que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias".

⁸⁹ Cfr. Informe 3/2018, de 2 de marzo, de la JCCP del Estado, donde se señala que la acreditación de este extremo debe realizarse dejando constancia en el expediente de contratación de la identidad del personal que haya participado en la redacción de las prescripciones técnicas.

decisión del órgano de contratación), para la celebración de sesiones telemáticas deberán respetarse las reglas del art. 17 de la Ley 40/2015⁹⁰.

D. Los contratos adjudicados de forma directa. ¿Diferencias en la regulación de los arts. 118.3 y 318.a) LCSP?

31. El art. 318.a) LCSP determina que los contratos de obra y concesiones de obra con un valor estimado inferior a 40.000 €, así como los contratos de servicios y suministros cuyo valor estimado sea inferior a 15.000 € “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”⁹¹. Tales cifras resultan idénticas a las establecidas por el art. 118.1 LCSP para identificar la figura de los contratos “menores”, si bien el art. 318.a) LCSP no utiliza en ningún momento tal calificativo de “menor” referido al contrato. Lo cierto es que, en ambos casos, se establece un procedimiento de adjudicación no concurrencial⁹². El interrogante que se plantea aquí es evidente. ¿La escueta definición del régimen jurídico establecida en el art. 318.a) LCSP debe considerarse completa⁹³ o, por el contrario, debe integrarse con la regulación establecida en el art. 118 LCSP⁹⁴, por resultar conceptualmente equivalentes? La respuesta requiere, nuevamente, partir del objetivo uniformizador perseguido por la LCSP, la finalidad de estos contratos y la funcionalidad que presenta la figura del ente instrumental. Se requiere así delimitar el régimen del contrato menor otorgado por un poder adjudicador Administración Pública para, posteriormente, determinar que elementos resultan aplicables cuando el poder adjudicador es un ente instrumental.

32. El significado y configuración de los contratos menores celebrados por las Administraciones Públicas, cuya regulación se contiene en el art. 118 LCSP, se explica desde un punto de vista finalista o teleológico. El objetivo es “la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación”, ante la escasa relevancia que tales contratos presentan

⁹⁰ Informe 26/2018, de 15 de noviembre, de la JCCA de Aragón.

⁹¹ Debe entenderse que el IVA no se incluye.

⁹² Expresamente indican que se tratan de procedimientos de adjudicación los Informes 21/2018, de 25 de septiembre; y 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón.

⁹³ Mantiene esta interpretación DÍAZ SASTRE (2017a: 370), quien considera que sólo rige la exigencia cuantitativa y la cualificación profesional del contratista, lo que a su juicio supondrá un incentivo para derivar la contratación a este tipo de entidades. Igualmente, se pronuncia contraria a la aplicación del art. 118 LCSP RODRÍGUEZ PÉREZ (2018: 543), lo que implicaría que no debería justificarse la alteración del objeto del contrario y la innecesariedad de su publicación. También contrario a la identificación se pronuncia TEJEDOR BIELSA (2018: 1).

⁹⁴ En esta línea, GIMENO FELIÚ (2018: 1). Esta es la posición expresada por la Recomendación de la JCCP del Estado de 28 de febrero de 2018 a partir de la identidad de las cuantías y su articulación mediante una adjudicación directa

para el mercado y los intereses regulados por la LCSP (los principios de eficacia y transparencia, de un lado, y el principio de igualdad de acceso de los operadores económicos de otro), lo que “difícilmente se concilian con la exigencia de requisitos más rigurosos que los establecidos en su regulación específica”. La reducida cuantía del contrato, aisladamente considerado, determina la falta de relevancia para el mercado y la competencia, por lo que no se considera necesario (o imprescindible) establecer un procedimiento riguroso, que asegure la posible apertura a la participación de los operadores económicos. La única limitación en cuanto al objeto que establece el legislador es que el mismo no puede consistir en la contratación de personal, por determinación del art. 308.2 LCSP⁹⁵. No obstante, un sector doctrinal, los órganos de fiscalización externa y diversas Juntas Consultivas de Contratación, así como la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), han propugnado la utilización de estos contratos menores exclusivamente a la satisfacción de necesidades puntuales y esporádicas, concretas y perfectamente definidas, y urgentes, rechazando que puedan utilizarse para atender necesidades periódicas y previsibles⁹⁶. La justificación adoptada es tanto el riesgo que genera para la concurrencia como su posible utilización para ocultar prácticas corruptas. Por el contrario, de forma más ponderada y ajustada a la realidad y funcionalidad de tales contratos, puede considerarse que el contrato menor no supone en todo caso una restricción a la competencia, sino que es un instrumento legal a disposición de los poderes adjudicadores, que en muchos casos puede resultar muy eficaz e incluso necesario cuando la concurrencia es inexistente o ineficaz⁹⁷.

La cuestión estriba en articular la figura del contrato menor con el nuevo procedimiento super simplificado del art. 159.6 LCSP. Una construcción que dote de funcionalidad a ambas figuras, legalmente previstas⁹⁸, puede

⁹⁵ Además, también queda excluido de este procedimiento de adjudicación directa el contrato de concesión de servicios, ya que la transferencia del riesgo operacional del contrato, la propia naturaleza de las prestaciones que les son propias y por su complejidad intrínseca, el sistema del contrato menor no resulta de aplicación, conforme a los Informes 1/2019, de 9 de mayo, de la JCCP del Estado.

⁹⁶ Se sitúa así a la concurrencia como centro necesario en todo tipo de procedimiento de adjudicación, lo que no casa con la literalidad de la previsión legal. Esta postura reduccionista, explicable por la frecuente identificación entre contrato menor y micro-corrupción, se puede observar, p.e., en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2017: 1); o GONZÁLEZ GARCÍA (2017: 1), quien correctamente precisa que éste no es un requisito establecido por la Ley.

⁹⁷ TEJEDOR BIELSA (2018:1), pone el ejemplo de la nula o escasa incidencia para la competencia que produce el uso del contrato menor en pequeños municipios donde no existe competencia material, ni posibilidad de suscitarla, y donde la utilización de este tipo de contratos puede resultar muy elevado.

⁹⁸ Ciertamente como apunta TEJEDOR BIELSA (2018: 1) puede realizarse una lectura de la actual regulación del contrato menor considerando que responde, simplemente, al deseo

construirse de la siguiente forma. Si las necesidades son periódicas y previsibles puede resultar más operativo configurar un contrato ordinario que, si no supera las cuantías previstas, podrá adjudicarse mediante el procedimiento abierto, simplificado o super simplificado. El foco se debe situar, por tanto, en la adecuada planificación de las necesidades contractuales por parte del poder adjudicador Administración Pública⁹⁹. Pero si surgen necesidades no contempladas en esa planificación previa o esta no se ha efectuado o se considera conveniente modificarla sobre la marcha, puede atenderse a las mismas mediante la adjudicación directa, dada la escasa cuantía del contrato. Obviamente cuando el valor estimado de la nueva prestación (incorporando todos los posibles contratos sucesivos) sea superior a los umbrales de los contratos menores, deberán utilizarse los procedimientos de adjudicación competitiva¹⁰⁰, bien mediante la tramitación ordinaria, bien mediante la tramitación urgente o de emergencia.

33. Desde esa premisa, el régimen establecido en el art. 118 LCSP se estructura sobre dos elementos clave, aunque deficientemente regulados¹⁰¹. De una parte, se establece la necesidad de acreditar el recurso a este contrato, art. 118.1 LCSP. Ello debe realizarse mediante un informe firmado por el titular del órgano de contratación, no bastando el mero acuerdo del inicio del expediente de contratación “menor”¹⁰². La necesidad exige acreditar que las prestaciones no tienen carácter recurrente, respondiendo de forma periódica a una misma necesidad para el órgano de contratación que puede ser planificada y solucionada a través de procedimientos concurrenciales ordinarios con plazos superiores a una única anualidad¹⁰³. Obviamente, resulta posible que ese informe sea simplemente la motivación (suficiente y adecuada) del Acuerdo que inicia y adjudica el contrato menor. No resulta necesario que existan dos documentos diferenciados.

de suprimirlo y a la falta de valentía para hacerlo del legislador. Pero también cabe una lectura posibilista y utilitarista de esta figura.

⁹⁹ Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón. En la misma línea, MOREO MARROIG (2018: 1).

¹⁰⁰ MOREO MARROIG (2018: 1).

¹⁰¹ Correctamente DÍAZ SASTRE (2018: 1) precisa que tal precepto no es una norma que establezca márgenes de discrecionalidad, sino de una norma que establece una conducta reglada, si bien de forma defectuosa.

¹⁰² Informe 42/2017, de 2 de marzo, de la JCCP del Estado; Informe 1/2018, de 20 de abril, de la JCCA de Cataluña.

¹⁰³ Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIResCon.

De otra parte, el art. 118.3 LCSP incorpora una doble limitación para su adjudicación por un órgano de contratación¹⁰⁴. Resulta razonable interpretarse ambas limitaciones de forma conjunta para dotar de funcionalidad a la regulación¹⁰⁵. Por lo que respecta a la limitación referida a la no vulneración sobre las reglas de división en lotes del objeto del contrato, se exige acreditar que no se ha producido una fragmentación artificiosa (ilegal) del objeto del contrato que persiga obtener una concreta cuantía del contrato para su calificación como “menor”, tanto fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores independientes como desgajando de forma fraudulenta una prestación de un contrato “ordinario”. En ambos casos se está en presencia de una unidad funcional que artificiosamente se desgaja para configurarla como prestaciones independientes¹⁰⁶. Obviamente aquí el análisis debe realizarse a la luz de la actual consideración positiva del fraccionamiento en lotes¹⁰⁷. Pueden configurarse como independientes aquellas prestaciones que cumplen una función económica o técnica por sí solas y, que en el caso de formar parte de una unidad operativa pueden ejecutarse de forma separadamente. Esta configuración permite, p.e., la utilización del contrato menor con un carácter instrumental cuando ante la finalización de un contrato, no se haya adjudicado un nuevo contrato y no resulte posible la prórroga del anterior por no cumplirse los requisitos del

¹⁰⁴ Aquí debe tenerse en cuenta que la estructura organizativa puede atribuir formalmente la condición de órgano de contratación a diversos órganos o unidades. Pero desde la perspectiva del art. 118 LCSP, y de sus limitaciones cuantitativas, debe operarse con el concepto de “unidad funcional separada” del art. 101.6 LCSP. Al respecto, el Informe 46/2018, de 9 de mayo de 2019, de la JCCP del Estado precisa que existe tal unidad funcional separada cuando (i) tenga atribuidas concretas funciones diferenciadas; (ii) sea responsable de forma autónoma del procedimiento de contratación, contando con financiación específica diferenciada en el presupuesto de la entidad y con competencias respecto a la adjudicación del contrato en cuestión. En la misma línea, Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIResCon.

¹⁰⁵ Ahora bien, como precisa DÍAZ SASTRE (2018: 1) la deficiente técnica legislativa permite cuestionar esta interpretación. A su juicio una interpretación literal permite identificar en el art. 118.3 dos mandatos: no alteración del objeto del contrato y no contratación con el mismo empresario. La introducción del procedimiento súper simplificado permitiría defender al legislador quiere limitar los contratos menores y la posible distorsión que se introduce beneficiando mediante adjudicaciones directas al mismo empresario de forma sucesiva.

¹⁰⁶ Informe 42/2017, de 2 de marzo, de la JCCP del Estado; Informe 41/2017, de 2 de marzo, de la JCCA del Estado. En esta línea, el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la JCCA de Cataluña precisa que aquí se requiere una justificación reforzada de la no alteración del objeto del contrato.

¹⁰⁷ Sobre el nuevo paradigma de la división en lotes del objeto del contrato, como instrumento para favorecer el acceso a la contratación pública de las PYMEs, cfr. CHINCHILLA PEINADO (2018: 87). Aquí debe tenerse en cuenta que en la determinación del plazo de vigencia del contrato, cuando su reiteración es ineludible, las posibles variaciones del precio pueden aconsejar establecer un plazo anual para conseguir un precio más ajustado. El ejemplo es el servicio de telefonía. La cuestión ahí es si resulta posible acudir a la figura del contrato menor o, dada esa reiteración anual, debe utilizarse el procedimiento abierto simplificado.

art. 29 LCSP, resultando para el órgano de contratación imprescindible la continuidad del servicio¹⁰⁸.

A su vez, la limitación de la suscripción por el contratista de más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que permite cualificar a estos contratos como “menores” respecto del órgano de contratación¹⁰⁹ requiere considerar que el plazo anual que ha de tomarse como referencia es el ejercicio presupuestario del órgano de contratación (y no un plazo anual computado a partir de la fecha de aprobación del gasto del contrato)¹¹⁰, siempre y cuando el objeto de los sucesivos contratos sea el mismo¹¹¹, con el fin de evitar el fraccionamiento ilegal del objeto del contrato y garantizar una apertura del mercado de la contratación pública al mayor número posible de contratistas. Si los dos contratos presentan un objeto idéntico (deben ser configurados como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico, pero su fraccionamiento no resulta ilegal), no pueden ser adjudicados directamente al mismo operador sino transcurre ese plazo de 1 año desde la aprobación del gasto del primer contrato¹¹². Por el contrario, si los contratos menores tienen objetos cualitativamente distintos que no conforman una unidad funcional o tienen prestaciones equivalentes, pero no constituyen una unidad de

¹⁰⁸ Informe 73/2018, de la JCCP del Estado.

¹⁰⁹ En el caso de los entes instrumentales si sólo existe un órgano de contratación dentro de la personificación instrumental, se producirá una identificación con la noción de poder adjudicador.

¹¹⁰ Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIResCon. En el mismo sentido, Informes 9/2018, de 11 de abril; y 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón; así como el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la JCCA de Cataluña, lo refieren al ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad. Por el contrario, los Informes 5/2018, de 2 de marzo; 42/2017, de 2 de marzo; y 41/2017, de 2 de marzo, de la JCCP del Estado, lo refieren al plazo anual desde la fecha de suscripción.

¹¹¹ Informe 42/2017, de 2 de marzo, de la JCCP del Estado. En una línea más flexible, pero más restrictiva, el Informe 3/2018, de 13 febrero, de la JCCA de Aragón determina que la limitación se proyecta sobre “contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva”, aun cuando no constituyan una unidad económica y jurídica, con el fin de evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas a través de contratos menores, bien por una incorrecta planificación o bien por un mal uso de estos contratos. Por el contrario, se muestra más rígido el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la JCCA de Cataluña, que precisa que tal limitación tiene por finalidad “evitar la falta de rotación o de diversificación de empresas contratistas y, por lo tanto, el favorecimiento de una empresa contratista determinada frente el resto..., que se focaliza en cuál es la empresa a la que se adjudica el contrato y no en el contenido de éste, al cual sí que se refiere, como se ha dicho, la obligación de justificación de no estar alterando el objeto, que la precede y a la cual complementa o se suma, tal como indica el uso de la conjunción “y”.

¹¹² Como precisa MOREO MARROIG (2018: 1) si bien el ejercicio presupuestario podría ser el dato más sencillo para los controles financieros que realiza la Intervención, ello no compagina con los periodos de necesidades reales. Resulta más ajustado a la finalidad legal perseguida tomar como periodo los 12 meses desde la fecha de aprobación del gasto del primer contrato.

ejecución en lo económico y en lo jurídico (p.e., dos contratos de servicio dirigidos a la elaboración de sendos informes jurídicos sobre materias o asuntos diferentes y que no guardan relación), sí podrán ser adjudicados al mismo operador económico sin respetar los criterios del plazo anual y las cantidades máximas¹¹³. El criterio interpretativo y aplicativo aquí es evitar situaciones opacas a la concurrencia pública que oculten la existencia de una unidad existente entre los diferentes contratos. La constancia del cumplimiento de estos límites por parte del órgano de contratación no está sometida a ningún requisito formal, si bien debe sí quedar constancia en el expediente del análisis de esta cuestión.

34. A estos dos límites debe sumarse, aunque no exista referencia expresa en el art. 118 LCSP, la exigencia de cumplimiento de los requisitos de capacidad, solvencia y no concurrencia de prohibición de contratar, que deben concurrir en el contratista. Ahora bien, el contratista no debe acreditarlos con carácter previo, puesto que la ley hace primar la celeridad del procedimiento y su eficacia a las estrictas exigencias de seguridad jurídica que sí son propias de otros contratos de mayor trascendencia económica¹¹⁴. Igualmente resulta aplicable la previsión del art. 29.8 LCSP, que determina que estos contratos no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. El resto de los elementos establecidos por el art. 118 LCSP son, simplemente, accesorios y dirigidos a la organización interna del procedimiento administrativo (aprobación del gasto¹¹⁵, incorporación al mismo de la factura correspondiente; presupuesto de las obras y proyecto cuando sea requerido, e informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra).

35. La dicción literal del art. 118 LCSP determina la innecesaridad de publicitar la licitación o promover la concurrencia, aunque nada impide que

¹¹³ Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de OIResCon.

¹¹⁴ Informe 21/2016, de 27 de abril, de la JCCA del Estado, donde se precisa que si se conoce la falta de alguno de los requisitos fundamentales para contratar con el sector público la entidad contratante no sólo puede, sino que está obligada a no permitir que el contrato sea ejecutado por quien carece de tal condición. No obstante, si la entidad pública contratante tiene dudas acerca de estos extremos puede solicitar la documentación necesaria para acreditar las condiciones de aptitud para contratar, si bien ello no puede convertirse en la forma general de actuación del órgano de contratación, pues tal cosa alteraría la propia configuración jurídica del contrato menor.

¹¹⁵ La correcta interpretación de esta previsión con lo determinado por la Disposición Adicional 3ª, apartado 4, LCSP para los municipios menores de 5.000 habitantes implica sustituir la aprobación del gasto por la aportación de la certificación de existencia de crédito, con carácter previo a la adjudicación del contrato menor y, por tanto, previos a deben ser anteriores a la realización de la prestación objeto del contrato y, por tanto, previos a la aportación de la factura al expediente de contratación, a tenor del Informe 68/2018, de 9 de mayo de 2019, de la JCCP del Estado.

el órgano de contratación pueda optar por otorgar el contrato “menor” mediante la correspondiente concurrencia y publicidad. No obstante, el desarrollo reglamentario adoptado por la OIResCon ha establecido para todo órgano de contratación que sea configurado como sector público, en los términos del art. 3.1 LCSP, el requisito (criterio de validez) de solicitar al menos tres presupuestos para la adjudicación de los contratos menores o proceder a la publicidad de la licitación¹¹⁶. Como excepción, considera procedente eludir la concurrencia cuando dicho trámite no contribuya al fomento del principio de competencia (se sobreentiende que por no existir más que un posible contratista), o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motiven el contrato menor.

Esta previsión, además de eliminar la agilidad y flexibilidad propia del contrato menor¹¹⁷, no resulta ajustada al principio de primacía de Ley, dado que establece exigencias procedimentales no previstas por la Ley y, simultáneamente, flexibiliza el alcance objetivo y subjetivo de las limitaciones legales. Esto requiere una justificación. A pesar de la deficiente técnica legislativa, las instrucciones regulatorias que adopte la OIResCon deben configurarse, dada su vinculatoriedad para todos los poderes adjudicadores que conforman el sector público del Estado¹¹⁸, y su publicidad, como verdaderos reglamentos de desarrollo de la LCSP, y no como simples instrucciones interpretativas, aunque de carácter vinculante¹¹⁹. La equívoca denominación no oculta su verdadera naturaleza de disposiciones reglamentarias, dirigidas a determinar los criterios de interpretación y aplicación de la LCSP, art. 332.7.d), como expresión de su función regulatoria, por lo que sí se integran en el ordenamiento jurídico¹²⁰.

¹¹⁶ Incorporada por la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIResCon, que exige que quede constancia de ello en el expediente, salvo que no resulte posible tal concurrencia. Además, precisa que si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos.

¹¹⁷ BATET JIMÉNEZ (2019: 1), acertadamente pone de relieve que la exigencia de requerir tres presupuestos no garantiza que la mejor oferta sea la que guarde una mejor relación calidad-precio, ya que para ello sería necesario definir unos criterios y efectuar una valoración previa, que no encaja en el procedimiento del contrato menor. Lo que sí garantiza el pedir tres presupuestos es una ralentización de la agilidad propia del contrato menor.

¹¹⁸ GIMENO FELIÚ – MORENO MOLINA (2019: 1) precisan que los destinatarios de la Instrucción son todos los integrantes del sector público del art. 3.1 LCSP, a los que vincula y obliga.

¹¹⁹ Defienden el carácter de instrucciones interpretativas vinculantes para todos el sector público del Estado, GIMENO FELIÚ – MORENO MOLINA (2019: 1), adoptadas al margen de una relación de jerarquía, dado su función de órgano regulador. Por el contrario, DÍAZ SASTRE (2019: 1) defiende su carácter de instrucción, sin carácter normativo, pero vinculantes únicamente para el sector público de la Administración General del Estado.

¹²⁰ Como es sabido, para determinar la naturaleza de una norma reglamentaria debe prescindirse de la denominación que se haya dado. El reglamento es una norma (crea

No sólo tienen efectos ad intra, sino que constituyen verdaderas normas de reguladoras del mercado de la contratación pública¹²¹. Como consecuencia, las determinaciones de la Instrucción son recurribles de forma directa o a través de un recurso indirecto, afectando su incumplimiento a la validez del contrato adjudicado directamente. Pero sentada tal naturaleza, debe afirmarse que tal norma establece una regulación contraria a la establecida por la Ley

La cuestión en tal supuesto de publicidad radica en determinar si la misma elimina los límites máximos anuales de los que puede resultar adjudicatario un contratista. La respuesta, con carácter general, debe ser que tal publicidad y concurrencia no excluye tales límites cuantitativos, salvo que el procedimiento seguido sea el abierto simplificado sumario¹²². Como excepción, si la normativa autonómica, sobre la base de la competencia de desarrollo de la legislación básica estatal en materia de contratación, incorpora (de forma discutible, en términos competenciales) una regulación propia del procedimiento de adjudicación de esos contratos “menores”, posibilitando la concurrencia y publicidad, la consecuencia será que el límite cuantitativo de los arts. 118 y 318.a) LCSP se aplicará únicamente respecto a cada contrato individual, sin acumularse el valor de otros contratos menores sometidos al mismo régimen de publicidad¹²³.

36. ¿La regulación del art. 318.a) LCSP debe necesariamente integrarse (completarse) con las previsiones del art. 118 LCSP? Ciertamente el art. 26.3 LCSP no determina la aplicación supletoria del régimen jurídico de los contratos celebrados por las Administraciones Pública a los contratos celebrados por los entes del sector público que no son administración

derecho objetivo), integrándose en el ordenamiento jurídico. Por ello, responde a un mandato general del Legislador expreso o implícito de integrar el ordenamiento jurídico, de completarlo. Tales instrucciones no son una manifestación del poder autoorganizativo dirigiendo a los órganos jerárquicamente vinculados en cómo actuar en una determinada actividad administrativa, sin afectar a la propia normativa general de dicha actividad. No son una simple ejecución de la LCSP, sino que trascienden a los operadores jurídicos. Sobre la distinción entre reglamento e instrucción, p.e., Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565).

¹²¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2019: 1).

¹²² Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón, donde correctamente se precisa 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”. En la misma línea, Informe 1/2018, de 11 de abril, de la JCCA de Cataluña.

¹²³ Informes 21/2018, de 25 de septiembre, y 9/2018, de 11 de abril, de la JCCA de Aragón, sobre el procedimiento abierto con publicidad diseñado por el 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.

pública. Por el contrario, expresamente determina que “Los contratos privados que celebren (las entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas), cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación”. Pero ese régimen debe completarse con la regulación del Libro Primero, aplicable a todos los contratos, administrativos y privados, celebrados por el sector público y, por tanto, también a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

En consecuencia, algunos de los elementos que identifican el régimen jurídico de los contratos “menores” del art. 118 LCSP resultan igualmente aplicables a los contratos del art. 318.a) LCSP, en la medida en que constituyen la concreción de las reglas o principios contenidos en las disposiciones generales sobre la contratación pública del sector público incorporadas en el Libro Primero. Esto requiere una mínima explicación que supere el exiguo razonamiento de la identidad de cuantías como criterio aplicativo. (i) La exigencia de acreditar la necesidad de la celebración del contrato para el cumplimiento de las tareas o competencias atribuidas, dentro del marco de una adecuada programación de la contratación, se establece por el art. 28, apartados 1 y 4, LCSP. ¿Cómo se realiza tal justificación en un procedimiento de adjudicación directa por un ente instrumental? En el mismo acuerdo de adjudicación, incorporando las razones por las que debe procederse a la contratación¹²⁴. (ii) La prohibición de realizar una división en lotes del objeto del 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 se establece en el art. 99.2 LCSP. En el mismo acuerdo de incoación y adjudicación deberá acreditarse (justificarse) el respeto a tal prohibición de la división fraudulenta en lotes, por referencia a las concretas prestaciones objeto del contrato. (iii) La determinación de la aptitud para contratar con el sector público sólo de aquellos contratistas que reúnan los requisitos de capacidad, solvencia y no concurrencia de prohibiciones de contratar en el contratista se establece en el art. 65 LCSP. Al tratarse de una adjudicación directa cabe inferir la existencia de una presunción *iuris tantum* de que el contratista al que se adjudica directamente el contrato reúne tal capacidad, salvo conocimiento contrario del órgano de contratación¹²⁵. (iv) Finalmente, la adecuación del plazo de contrato al contenido de las

¹²⁴ Y sin que pueda entenderse satisfecha esta exigencia con el simple acuerdo de inicio del procedimiento de adjudicación directa por el órgano de contratación, como precisan el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la JCCA de Cataluña.

¹²⁵ Misma presunción que se establece para el procedimiento super simplificado del art. 159.6 LCSP.

prestaciones que conforman el objeto del contrato con el fin posibilitar el sometimiento periódico a concurrencia de la realización de tales prestaciones las mismas se establece por el art. 29 LCSP.

37. No existe argumento jurídico alguno que justifique extender a los contratos del art. 318.a) LCSP la limitación de adjudicar directamente contratos que superen, en conjunto, las cifras allí establecidas. El ente instrumental podrá adjudicar directamente al mismo operador jurídico diferentes contratos que no constituyan una unidad jurídica o económica, aunque en su conjunto superen los límites económicos del art. 318.a) LCSP, siempre y cuando individualmente no alcancen tal cifra y no se produzca un ilegal fraccionamiento del objeto del contrato. En cuanto al plazo de duración de estos contratos, en el art. 318.a) no se establece la limitación anual y la imposibilidad de incorporar prórrogas. Pero dado el precio del contrato adjudicado directamente, la prestación asumida no puede revistar una complejidad tal que requiera ser ejecutada, en principio, en un periodo superior a un año o deba requerir prórroga.

A ello debe sumarse que los contratos regulados por el art. 318.a) LCSP obviamente deben contar con la previa disponibilidad de gasto, tanto por determinación de las reglas propias de funcionamiento y control de gasto de los entes instrumentales como por exigencia del art. 39.b) LCSP. La incorporación de la factura al expediente, una vez ejecutada la prestación responde a las mismas reglas.

38. En definitiva, el elemento clave para asimilar parcialmente el régimen jurídico no es, por tanto, la denominación que reciba el contrato, sino que en ambos preceptos, 118 y 318 LCSP, se regula una contratación directa singularizada en atención a la cuantía¹²⁶, sobre la base de una simplificación procedimental (y no sobre la inexistencia de tal procedimiento de adjudicación) articulada sobre las reglas generales incorporadas en el Libro Primero de la LCSP¹²⁷.

Se requiere así que por los servicios correspondientes de la entidad instrumental se elabore un expediente de preparación "mínimo". En el mismo debe determinarse la necesidad de este contrato, así como la concreta cuantía que debe ser abonada. Además, se requiere la

¹²⁶ Correctamente los Informes 21/2018, de 25 de septiembre; y 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón precisan que "la verdadera naturaleza jurídica del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación".

¹²⁷ Limitación cuantitativa que no se aplica a los contratos de suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, reguladas en la Disposición Adicional 9ª LCSP, donde con independencia de la cuantía, la adjudicación se realizará conforme a las normas de adjudicación directa de estos contratos. Sobre ello, Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón.

constatación de que no se eluden las normas sobre división en lotes mediante la alteración del objeto del contrato¹²⁸. La nueva regulación establecida en el art. 99.3 LCSP, aparentemente sigue configurando como discrecional (discrecionalidad técnica) la decisión del órgano de contratación de proceder o no a la división en lotes, si bien ello debe matizarse. Y ello porque ahora el legislador establece una relación de precedencia condicionada *prima facie* a favor del fraccionamiento, al determinar que “siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, si bien el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos”. A título enunciativo, se enumeran dos supuestos donde se considera justificada la no división: (i) cuando tal división pueda suponer restringir injustificadamente la competencia; (ii) cuando la división pueda implicar dificultades para la correcta ejecución del contrato bien desde el punto de vista técnico bien desde el punto de vista organizativo.

39. La adjudicación de los contratos en los términos del art. 318.a) LCSP debe ser objeto de publicidad en el perfil del contratante, a tenor del art. 63.4 LCSP. Este es el elemento clave para garantizar su utilización racional y transparente, limitándose así una posible utilización ineficiente e, incluso generadora de prácticas corruptas (micro-corrupción). Se posibilita que esa obligación se cumpla de forma conjunta, debiendo publicar la información al menos trimestralmente, de aquellos contratos respecto de los que existe compromiso del gasto y comunicación de la adjudicación al contratista¹²⁹. Allí debe indicarse, como mínimo, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. La publicidad se configura como la herramienta de control (difuso) de la obligación de no adjudicar contratos menores a un licitador por valor superior al límite anual

¹²⁸ Ciertamente hasta el momento el paradigma era la prohibición del fraccionamiento en lotes, lo que ha determinado que el fraccionamiento ilegal haya sido configurado como un delito de prevaricación, como ha señalado MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2017:1). No obstante, el nuevo paradigma es, por el contrario, el fomento del fraccionamiento en lotes del contrato, con el fin de favorecer el acceso al mercado de las PYMEs, lo que requiere ajustar este planteamiento. Sobre ello, cfr. CHINCHILLA PEINADO (2018: 84).

¹²⁹ Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIResCon. Conforme al Informe 46/2018, de 9 de mayo, de la JCCP del Estado, esa obligación no quiere decir que cada contrato menor haya de publicarse a los tres meses de su adjudicación o desde la orden u órdenes de pago que en cada caso se hayan realizado. Lo que quiere decir el precepto es que el órgano de contratación deberá publicar cada tres meses la información correspondiente a todos los contratos menores que haya celebrado en el periodo que media desde la última publicación, incluyendo todos aquellos en que se haya aportado la factura al expediente, por constituir una prueba de la realización del contrato. Cuando el contrato menor deba ejecutarse en un periodo temporal que supere el trimestre, la publicidad deberá realizarse con la emisión de la primera factura.

fijado. Además, los contratos adjudicados directamente deberán figurar en el en el Registro de Contratos del Sector Público, conforme al art. 346 LCSP. No obstante, su funcionalidad de garantía es limitada, ya que esta obligación de publicidad tanto en el perfil del contratante como en el Registro de Contratos no se proyecta sobre los contratos con un valor inferior a 5.000 €, siempre que el sistema de pago utilizado sea el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, conforme a los arts. 64.3 y 346.3 LCSP¹³⁰. Estos requisitos de publicidad activa pueden incrementarse por la legislación autonómica¹³¹.

El control de estos contratos se completa con la obligación de remisión al órgano equivalente al Tribunal de Cuentas que ejerza sus competencias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la relación de los contratos menores adjudicados, con indicación de la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía, ordenándose por adjudicatario. Esta remisión podrá realizarse directamente por vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación. Nuevamente aquí se exceptúan aquellos contratos cuyo importe sea inferior a 5.000 € y se abonen a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

E. Tramitación electrónica de los procedimientos de contratación.

40. Conforme a la Disposición Adicional 15ª LCSP la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos celebrados por los entes instrumentales también debe realizarse de forma electrónica, salvo en los supuestos tasados allí previstos. Todas las notificaciones que deban verificarse en los procedimientos de adjudicación deben realizarse

¹³⁰ Ahora bien, en la medida en que estos entes instrumentales están sometidos al ámbito de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, conforme al art. 2.1, apartados c) y g), deben reflejar en su Portal de Transparencia (en su caso en el de la Administración matriz en la que se integren) todos los contratos que celebren, sin excepción alguna.

¹³¹ P.e., el artículo 159 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, rotulado "Medidas para promover la libre concurrencia y la prevención del fraude en la contratación pública de la Generalidad y de su sector público", precisa que "La formalización de más de dos contratos menores consecutivos con idéntico objeto y adjudicatario en un período de tiempo inferior a un año o la formalización de contratos menores con idéntico objeto y destinatario durante tres años consecutivos requiere la emisión de un informe justificativo por parte del órgano de contratación, en el caso de servicios y suministros superiores a 5.000 €, IVA excluido, y en el caso de contratos de obra de un importe superior a 12.000 €, IVA excluido. Este informe debe publicarse en la Plataforma de Servicios de la Contratación Pública y en el Portal de la Transparencia de la Generalidad".

exclusivamente a través de medios electrónicos en la dirección electrónica habilitada¹³² o mediante comparecencia electrónica, sea el operador económico una persona física o una persona jurídica¹³³. Los plazos fijados en la LCSP se computarán desde la fecha de envío de la notificación o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. Dos cuestiones resultan aquí relevantes. De una parte, la regulación del procedimiento electrónico en materia de regulación se encuentra regulado en la LCSP. Sólo en los casos expresamente exceptuados en la LCSP o respecto de aquellos aspectos en que exista una laguna legal deberá completarse la regulación con las previsiones de la LPACAP. De otra parte, el ente instrumental podrá utilizar su propio perfil de contratante, si dispone de tal infraestructura. En caso contrario, puede utilizar el perfil de su Administración matriz¹³⁴ o la Plataforma de Contratación del Sector Público¹³⁵ o servicio de información equivalente a nivel autonómico.

F. Perfección y formalización.

41. Los contratos celebrados por las sociedades municipales o las entidades públicas empresariales autonómicas competentes en materia de vivienda y suelo, adjudicados a través de un procedimiento concurrencial (sean armonizados o no), se perfeccionan, conforme al art. 36 LCSP, con su formalización. Esto es, con su documentación escrita, en la que se incorpore la suscripción (firma) por el órgano que tenga atribuida tal competencia conforme a los Estatutos de la Sociedad Municipal o la Entidad Pública Empresarial autonómica y el operador económico que haya resultado adjudicatario. Obviamente, ese documento no tiene carácter “administrativo”, sino privado, sin perjuicio de que se acuerde su documentación en escritura pública. Queda vedada la contratación verbal, art. 37 LCSP, salvo en los supuestos de emergencia.

En cuanto a los plazos para que se proceda a la formalización, el art. 37.3 LCSP realiza una remisión expresa al régimen aplicable a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas contenido en el art. 153.3 LCSP. Esto es, si frente al contrato puede interponerse el recurso especial

¹³² La dirección electrónica habilitada es la dirección de correo electrónico habilitada, identificada por el licitador cuando presenta la declaración responsable, art. 140 LCSP, y en ella autoriza que se verifique cualquier notificación posterior. Su calificación como habilitada debe ser consecuencia de un proceso específico que culmina con la habilitación concedida por la administración competente.

¹³³ Informe 1/2018, de 2 de marzo, de la JCCP del Estado.

¹³⁴ P.e., la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Valladolid.

¹³⁵ P.e., la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid.

en materia de contratación, la formalización no podrá verificarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. A partir de esa fecha, si no se ha interpuesto el recurso, el contrato debe formalizarse en un plazo máximo de 5 días hábiles. Si no puede interponerse recurso especial, la formalización debe efectuarse en un plazo no superior a 15 días hábiles computados desde el día siguiente a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.

42. A su vez la perfección del contrato adjudicado directamente del art. 318.a) LCSP se produce con la adjudicación por el órgano de contratación, no requiriéndose una formalización mediante la firma de las partes. Tras la ejecución, el abono del precio se verificará con la simple presentación de la factura¹³⁶. Obviamente la misma deberá contar con la firma del órgano/personal del ente instrumental que tenga atribuida la competencia para acreditar la recepción de la prestación. El problema ulterior que pueda presentar la fiscalización realizada por el Interventor municipal debe reconducirse a su mero papel formal, ya que no le incumbe comprobar la realización material de las obras¹³⁷. Aquí surge una duda, ¿es exigible además de la factura, la aportación de la certificación de obra correspondiente? Ello sólo será necesario si así se ha pactado en los documentos contractuales¹³⁸.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA GARCÍA, Estanislao. *Las sociedades municipales de gestión urbanística* (1997).

BATET JIMÉNEZ, Pilar. *El retorno de Chucki, La parte contratante* (2019), <https://lapartecontratante.blog/2019/03/07/el-retorno-de-chucki-por-m-p-batet/>

BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro. *Los poderes adjudicadores no administraciones publica ante la ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación*, CEFLegal núm. 208 (2018).

¹³⁶ Que deberá contener los datos exigidos por el art. 72 del Reglamento de Contratos.

¹³⁷ Como precisó la STS de 21 de enero de 2015 (Recurso de Casación 1371/2013: ECLI:ES:TS:2015:159).

¹³⁸ Informe 4/2017 de la JCCA de Canarias, donde se precisa que podrán expedirse certificaciones durante la ejecución del contrato menor de obras que deberán ir acompañadas de sus respectivas facturas, en las cuales deberá recogerse que corresponden a una certificación concreta del contrato menor, cuando así se acuerde.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica "privada" y su personalidad jurídica "diferenciada": ¿realidad o ficción?*, Revista de administración pública núm. 203 (2017), pp. 17-56.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. *Los convenios urbanísticos en el estrado ¿la inexistencia de una construcción sistemática por parte de los tribunales?: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia (1999-2005)*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente núm. 227 (2006), pp. 73-210.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. *Gestión patrimonial de los bienes municipales*, en la obra colectiva "Tratado de Derecho Económico Local", Velasco Caballero, Francisco (dir) (2017), pp. 273-296.

DÍAZ SASTRE, Silvia. *¿Puede una empresa municipal ejecutar un contrato público para su Ayuntamiento?*, IdIUam Blog (2016).

DÍAZ SASTRE, Silvia. *La actividad contractual de los gobiernos locales*, en la obra colectiva "Tratado de Derecho Económico Local", Velasco Caballero, Francisco (dir) (2017a), pp. 243-272.

DÍAZ SASTRE, Silvia. *Los poderes adjudicadores. La contratación del sector público que no es Administración Pública*, Revista de Estudios Locales Cunal núm. 205 (2017b), pp. 363-376.

DÍAZ SASTRE, Silvia. *Juntas Consultivas y contratos menores*, idIUAMblog (2018).

DÍAZ SASTRE, Silvia. *La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON*, idIUAMblog (2019), <http://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales* (2013).

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo – CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio – DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización* (2000).

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento «simplificadísimo»*, Contratación Administrativa Práctica núm. 153 (2018), pp. 104-113.

GAMERO CASADO, Eduardo. *Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades*

instrumentales con personalidad de derecho privado, Revista de Estudios Locales Cunal núm. 205 (2017), pp. 129-141.

GIMENO FELIÚ, José María. *La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas*, Presupuesto y Gasto Público núm. 60 (2010), pp. 25-40.

GIMENO FELIÚ, José María. *La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores: la "vuelta" al derecho administrativo*, en Observatorio de la Contratación Pública (2016) (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.257/relecategoria.208/reلمenu.3/chk.8fc85b4a05236d374d95a97225151663>)

GIMENO FELIÚ, José María. *A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público. A propósito del debate sobre la desaparición de las instrucciones de contratación y de los procedimientos de adjudicación aplicables*, en Observatorio de la Contratación Pública (2018) (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.345/reلمenu.3/chk.7934d9d790efa7cb3535566b8ff78ab4?platform=hootsuite>)

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Los contratos menores en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Global Politics & Law (2018), <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/>

HERNANDO RYDINGS, María. *Últimas novedades en torno al control (económico financiero) de la sostenibilidad financiera de la actividad contractual de las entidades locales*, en la obra colectiva "Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo" (2017), pp. 289-310.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. *La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos núm. 20 (2017) -consulta on line-

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. *El alcance vinculante de la Instrucción 1/2019 de la OIReScon, La parte contratante* (2019), <https://lapartecontratante.blog/2019/04/25/el-alcance-vinculante-de-la-instruccion-1-2019-de-la-oirescon-por-jose-manuel-martinez/>

MOREO MARROIG, Teresa. *El trending topic del momento: Los contratos menores y el artículo 118 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, esPúblico (2018), <http://www.administracionpublica.com/el-trending-topic-del-momento-los-contratos-menores-y-el-articulo-118-de-la-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico/>

RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario. Arts. 316 a 322, en la obra colectiva "Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (2018), pp. 536-550.

SANTIAGO IGLESIAS, Diana. *Empresas locales*, en la obra colectiva "Tratado de Derecho Económico Local", Velasco Caballero, Francisco (dir) (2017), pp. 153-192.

TEJEDOR BIELSA, Julio. *Del contrato menor, la interpretación rampante y la perplejidad del gestor público...*, esPúblico (2018), <http://www.administracionpublica.com/del-contrato-menor-la-interpretacion-rampante-y-la-perplejidad-del-gestor-publico/>

VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho público más Derecho Privado* (2014).