Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación*

Julio V. González García

Catedrático de Derecho Administrativo.
Instituto de Derecho Comparado.
Universidad Complutense de Madrid

1. **Planteamiento**
2. **Planificación general de la contratación**
3. **Planificación de la contratación y medios propios: ¿licitamos un contrato?**
4. **¿Está el contrato sometido a la LCSP?**
   - 4.1. Los contratos patrimoniales como contratos parcialmente sometidos a la LCSP
   - 4.2. Investigación, innovación y propiedad intelectual como contratos excluidos o de régimen especial
5. **Planificación de los elementos sociales, ambientales y de innovación**
6. **Racionalización de la contratación menor**
   - 6.1. La regulación actual de los contratos menores
   - 6.2. Alternativa a los contratos menores: procedimiento supersimplificado
7. **Planificación de la lucha contra la corrupción y para el cumplimiento de la legislación social y ambiental**

Resumen

El artículo analiza las exigencias que plantea la Ley de Contratos del Sector Público en relación con la planificación de la contratación; desde la planificación del contrato hasta su ejecución.

Artículo recibido el 11/09/2018; aceptado el 01/10/2018.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76986-P: «Unión Europea en el contexto de los Tratados de nueva generación: entre reforma institucional y protección social», del que soy IP.

Palabras clave: *contratación pública; LCSP; planificación*.

The new legislation on public procurement and local entities: the duty to plan in public contracts

Abstract

The article analyzes the duty to plan during all the phases of contracting: from its planning to its execution.

Keywords: public procurement; new legislation on public procurement; planning.

1
Planteamiento

La promulgación y entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), ha sido especialmente traumática en el ámbito local. Las exigencias y limitaciones de la norma, sus cambios sobre las prácticas anteriores y las dificultades para tener personal suficiente para una correcta aplicación, han conducido a cierta desesperación en dicho ámbito, tanto en los cargos políticos como en los funcionarios encargados de llevarla a la práctica.

Ciertamente, la LCSP supone un cambio de envergadura sobre la normativa anterior. Cambios en cómo se hacen las cosas, en qué actuaciones están permitidas y cuáles pasan a ser ilegales, y asimismo en la estructura administrativa para ejecutar la disposición. Aspectos todos ellos complejos en una estructura municipal como la española, con un número considerable de poderes adjudicadores que carecen de una estructura suficiente.

Sea como fuere, la LCSP está aquí y ha de ser aplicada. Plantearnos otra cosa no conducirá más que a la melancolía, al ser un esfuerzo vano. Por ello, han de plantearse algunas bases sobre las cuales articular la política municipal en relación con la contratación pública. Sí, política municipal en relación con la contratación, manifestado esencialmente en una de las exigencias de la LCSP: la planificación; que, en el fondo, es una manifestación de la buena administración.

En efecto, si quisiéramos reducir la aplicación de la LCSP a tres notas básicas que expliquen las ideas fuerza sobre las que está estructurada la norma, estas serían Planificación, Publicidad y Profesionalización.

La Ley quiere que todo el proceso de contratación esté sometido a la regla de la **publicidad** y por ello introduce elementos radicales, como es la nulidad de las adjudicaciones que no se efectúen a través de la plataforma de contratación, y restringe la utilización de los contratos menores.

La Ley quiere impulsar la **profesionalización** del proceso de contratación. No es una idea originaria de la normativa española, sino que se ha de situar en la línea que ha impulsado la Unión Europea a través de sus últimos documentos de *soft law*, que reflejan una gran preocupación por este aspecto de la contratación pública[1]. Ello significa dar un paso más en la formación y mejora interna de la contratación pública para contratar mejor.

Pero, en mí opinión, la LCSP ha querido sobre todo impulsar la **planificación** de la contratación pública. Es una idea que está a lo largo de todo el articulado de la LCSP y que va a constituir el hilo fundamental de este artículo.

2
Planificación general de la contratación

La LCSP impone el deber de planificación general de la contratación de cada entidad pública durante todo el año: elaboración del Plan Anual de Contratación, que debe ser publicado en el perfil del contratista, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.4. Es un deber de carácter general que luego se ha de manifestar en cada expediente de contratación, en donde hay que acreditar la necesidad del propio contrato.

La regulación de este deber tiene el aspecto negativo, que puede ser subsanado en cada ayuntamiento, de que es potestativo para los contratos no sometidos a regulación armonizada. Es, por consiguiente, una orientación, que puede ser modificada –previa motivación del cambio– a lo largo de la anualidad para adaptarla a las necesidades.

Dentro de las medidas que se han de tomar en cuenta en la gestión de la contratación, nos encontramos con la posibilidad de utilización de las formas de contratación anticipada que están en el artículo 117, cuando se refieran a contratos para anualidades siguientes o que dependan de la concesión de préstamos por parte de terceros, públicos o privados. Es una forma de flexibilización de la regla de la anualidad presupuestaria con las suficientes cautelas.

1. Véase la RECOMENDACIÓN (UE) 2017/1805 DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

Asimismo, se prevé esta posibilidad para la adquisición de inmuebles, en la disposición adicional tercera.9.

3
Planificación de la contratación y medios propios: ¿licitamos un contrato?

En este contexto, el proceso de decidir externalizar, el de licitar un contrato, no es libre en la LCSP, ya que hay que valorar la autoprovisión[2]. El artículo 28 LCSP, a la hora de abordar la «racionalidad y consistencia» del proceso de contratación, empieza imponiendo una obligación: solo se puede contratar si no se puede hacer internamente: «Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales». La necesidad proviene de la carencia de medios para acometer esa actuación dentro de la propia Administración, ya sea a través de los servicios administrativos ya sea a través de las personas jurídicas dependientes que haya creado para ciertos fines institucionales.

Dicho de otro modo, dentro de este deber de planificación se encuentra, asimismo, el de ponderar la opción de la reinternalización de servicios, coloquialmente conocida desde la perspectiva local como la remunicipalización. Es una decisión que no es fácil. Los problemas van más allá de la propia necesidad de organizar un servicio en la organización municipal, sino que ha de afrontar numerosas dificultades económicas, de gestión de trabajadores y de naturaleza jurídica. Pero, desde la perspectiva de los beneficios que pueden conseguirse, parece que es una opción que ha de ser ponderada por los ayuntamientos, a pesar de las restricciones que, recogiendo lo dispuesto en la redacción del artículo 86 de la LBRL (en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), impuso la mayoría conservadora en la Comisión que tramitó la LCSP[3].

2. Sobre la autoprovisión, véase Amoedo Souto, C. A., «En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 205, 2018, páginas 81-129; y Noguera de la Muela, B., «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en el *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2018.

3. Hoy, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, apoyando una enmienda presentada por el PDeCAT (antigua CiU), se imponen restricciones que exigen la elaboración de un informe que garantice que la internalización es mejor solución que la externalización, que es el que recoge el artículo 86 de la Ley de régimen local, en donde se ha de acreditar

Planificación anual de la contratación que tendrá otro elemento de carácter general que afecta a los medios propios en la determinación de las tarifas que se pagarán a los medios propios personificados por los servicios realizados. Es una tarifa que fijará la Administración matriz, vinculada al coste de los servicios que se le presten; que tiene la naturaleza de subvención finalista y que, en consecuencia, no está sujeta al impuesto sobre el valor añadido, lo que supondrá un ahorro del 21 % a la Administración matriz. El medio propio, en contrapartida, no podrá deducirse el IVA que haya abonado en compra de bienes o servicios de tercero.

4
¿Está el contrato sometido a la LCSP?

El mero planteamiento de la cuestión puede resultar sorprendente. La ambición de la LCSP de ampliar su marco de actuación puede hacer pensar que todo contrato está sometido a su ámbito. La realidad no puede ser más alejada de este planteamiento. La LCSP recoge un ámbito bastante amplio de contratos en los que su articulado está excluido, ya sea total o parcialmente.

En efecto, la Sección 2.ª del Capítulo I del Título Preliminar de la LCSP recoge una serie de «negocios y contratos excluidos» de su ámbito de aplicación. Algunos claramente distantes de las necesidades municipales (como pueden ser los del ámbito de la defensa), pero otros que pueden resultar de gran utilidad para una correcta gestión pública.

De ellos me quiero fijar en dos tipos de contratos.

4.1
Los contratos patrimoniales como contratos parcialmente sometidos a la LCSP

Por un lado, los contratos de naturaleza patrimonial. De acuerdo con el artículo 9.2 LCSP, «quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades

no solo «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial», sino también la exigencia específica de la Ley de contratos de que «dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional».

incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial». Una exclusión que se une a la de los contratos relativos a los bienes del dominio público.

Es cierto que, tal como he señalado en otra ocasión[4], la exclusión de los negocios sobre los bienes patrimoniales es parcial, en la medida en que nos encontramos con un juego de remisiones recíprocas y no bien concluido entre la LCSP y la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que hace que, al final, los principios básicos de la LCSP se apliquen también a los bienes patrimoniales.

De hecho, se podría afirmar que la propia LCSP'17 se acaba desdiciendo de la exclusión que realiza de los contratos patrimoniales. El elemento que hará aparecer la aplicación de la norma con carácter general será la ausencia de disposiciones patrimoniales que regulen un aspecto específico. Algo que puede sumir al operador jurídico en cierta situación de inseguridad jurídica.

Posiblemente el punto donde se pueda ver con mayor claridad es el relativo a la colaboración público-privada. Como se recordará, hoy no existe un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la LCSP. No obstante, se siguen utilizando estos mecanismos aplicando lo que está recogido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Es la colaboración público-privada patrimonial a la que he dedicado un estudio recientemente[5].

Su base es la articulación de las reglas contractuales. En este punto, la base del principio de libertad de pactos está recogida en el artículo 111 LPAP, en los siguientes términos: «Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración».

De este modo, solo nos encontramos con dos límites: por un lado el cumplimiento del derecho obligatorio y el principio de buena administración. Desde una perspectiva económica aparece como el único elemento de carácter finalista en la gestión patrimonial, una vez que se superó la regla tradi-

4. Véase el capítulo segundo de González García, J. V., *Enajenación de los bienes inmuebles del patrimonio del Estado*, Madrid, 2017.

5. Véase González García, J. V., «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 74, 2018, páginas 34 y siguientes.

cional de que la rentabilidad económica era un objetivo en relación con los bienes patrimoniales. Obviamente, como en toda actuación de una Administración pública, aunque sea en el marco de contratos privados, está presente el principio de servicio objetivo a los intereses generales.

El fomento de los negocios globales –tan propio de las fórmulas de colaboración público-privada– encuentra su encaje en lo dispuesto en el apartado segundo de dicho precepto. Así, los negocios de enajenación, tal como se dispone en el artículo 111.2, «podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal».

Pues bien, después de la promulgación de la LCSP'17, el principio de libertad de pactos mantiene la limitación que recogía el viejo artículo 25 LPAP y que ahora contempla el artículo 34 LCSP, al que remite de forma expresa el artículo 9 LCSP'17: «Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante». Redacción rebuscada donde las haya para indicar la necesidad de la complementariedad.

4.2
Investigación, innovación y propiedad intelectual como contratos excluidos o de régimen especial

La LCSP ha sido consciente de que cuando concurren elementos relativos a la propiedad intelectual las formas típicas de adjudicación de los contratos no son las más convenientes, ya que habitualmente se busca el *know how* del profesional.

La Ley recoge en el artículo 8 una serie de contratos excluidos del ámbito de la investigación y la innovación que se someten a dos reglas complementarias: a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad; y b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador. Reglas que

son especialmente importantes cuando se están solicitando estudios a Universidades y otros centros de investigación[6].

Pero, al mismo tiempo, por la interacción entre el artículo 9.2 LCSP (que hace referencia a la «propiedad incorporal»), la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (que configura un régimen particular para adquisición y enajenación de estas propiedades) y la Ley de Propiedad Intelectual (que delimita su ámbito en los artículos 10 y 11 en función de que se trate de bienes originales u obras derivadas), se pueden excluir de su ámbito de aplicación «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

Aquí encontraremos contratos tan usuales en el ámbito municipal como son los relativos a los de los artistas en las fiestas locales, cuyos contratos deberán cumplir con ciertas exigencias para no vincularse a los servicios de los agentes (lo que surgiría en los casos de contratación conjunta de diversos artistas para cubrir la totalidad de las fiestas), que sí están sometidos a la LCSP.

No olvidemos que, además, la Ley establece un régimen especial para ciertas manifestaciones de la propiedad intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, cuya contratación se efectuará de forma precedente por el procedimiento restringido.

5
Planificación de los elementos sociales, ambientales y de innovación

La contratación pública no es solo un instrumento para la provisión de bienes y servicios, sino que, por el contrario, es uno de los instrumentos básicos para la ejecución de políticas públicas. No hace falta recordar que supone alrededor del 15 % del PIB y que, en consecuencia, cualquier operación de contratación plantea objetivos vinculados a políticas públicas; sobre todo en el momento de la construcción de infraestructuras.

Esta es una idea que está recogida en la Directiva, cuando señala que «La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, soste-

6. Véase Gimeno Feliu, J. M.ª, *Estudio jurídico sobre la transferencia de conocimiento de las Universidades públicas: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales)*, que se puede consultar en http://www.upv.es/entidades/VIIT/info/U0772228.pdf (último acceso: 21 de agosto de 2018).

nible e integrador" ("Estrategia Europa 2020"), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes».

Para la consecución de este objetivo, la Directiva establece un conjunto de medidas variadas que sirven para la consecución de objetivos sociales y ambientales, más allá del mero aspecto cuantitativo de la contratación. De hecho, ha flexibilizado el elemento más negativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (la conexión de las cláusulas con el objeto del contrato) y ha efectuado una regulación novedosa de las etiquetas sociales y ambientales.

Todos estos elementos forman parte de la Directiva y han sido traídos a la Ley de Contratos del Sector Público de forma amplia[7]. Una recepción que se ha visto facilitada por la ausencia de mayorías en la Comisión parlamentaria, lo cual ha permitido un debate más realista sobre la importancia de estos elementos, sobre todo con la experiencia que nos ha dado la crisis económica.

La **clave del sistema** la encontramos en el artículo primero de la norma, donde después de recoger elementos de carácter económico-competitivos, señala que «la contratación pública incorporará de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social». Es importante tener presente que fue un precepto que no estaba en el Proyecto del Gobierno y que se incluyó durante la tramitación parlamentaria.

A partir de aquí se desarrollan técnicas diversas que contribuyen a la consecución. Dentro de ellas, aparecen las cuatro siguientes.

7. Sobre estas cláusulas véase, por todos, Gallego Córcoles, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, n.º 4, 2017, páginas 92 y siguientes.

1. Desde un punto de vista **cualitativo,** para mí el dato relevante es ampliar las posibilidades de que la adjudicación del contrato no se produzca solo en función del precio, sino que incorpore otros elementos que añadan calidad a la prestación. En los últimos años, especialmente en los años de mayor dureza de la crisis económica, ha habido una tendencia a utilizar el precio como único elemento de adjudicación del contrato, y el resultado ha sido bastante negativo.

Es la idea que hoy recoge el artículo 131, cuando se señala que la adjudicación del contrato se realizará en función de criterios que permitan garantizar la mejor relación calidad-precio. Estos elementos son clave: el contrato adjudicado sin subasta apenas tiene campo para la introducción de cláusulas sociales y ambientales. El concurso, por el contrario, permite un amplio campo que se ve reforzado por otros aspectos recogidos en la norma.

2. El segundo aspecto es la **obligación que tiene la Administración** de tomar una decisión sobre las cláusulas sociales, ambientales y de innovación, de lo cual tiene que quedar constancia en el expediente administrativo. Esto se deberá hacer en dos momentos: de acuerdo con el artículo 28.2, cuando se analice la idoneidad de abrir un procedimiento de contratación, y en el artículo 35.1 LCSP, cuando se defina el objeto del contrato. Y, por extensión, repercutirán en la solvencia de los licitadores (artículo 127).

3. Recogiendo el guante que está en el artículo 67 de la Directiva, el artículo 145 de la Ley recoge las cláusulas sociales y ambientales como **elementos determinantes de la adjudicación**: «La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones». Unos elementos que son ejemplificados con posterioridad tanto para su vertiente social como ambiental.

Así, para los elementos ambientales se señalan, entre otros, la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y el mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Y, por su parte, entre los sociales se encuentran el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la

igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Con la ejemplificación ambiental, difícil será que no se encuentre algún elemento social o ambiental que sirva como elemento de adjudicación del contrato. Todo ello, vinculado con el objeto del contrato en los términos vistos con anterioridad.

Es claro que no son elementos obligatorios en sentido estricto. Pero **de una interpretación integrada del precepto con lo señalado en el artículo 1.3 (el carácter transversal de la contratación) resulta muy difícil pensar en la posibilidad de no incluirlos**, sobre todo teniendo en cuenta que sí son obligatorios en el momento de la ejecución del contrato, como veremos inmediatamente. Y adjudicación y ejecución son elementos esencialmente unidos. En todo caso, si una Administración decidiera no incluirlos como criterio de adjudicación, deberá ser justificado en el expediente.

4. En relación con la **ejecución** del contrato, el artículo 202.1 dispone que «será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales» de naturaleza social, ambiental y de innovación que se recogen con su contenido, y tampoco debieran existir problemas para su introducción.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado

laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Como se ha podido ver, la Ley ha impulsado la contratación pública social y ambientalmente responsable, mejorando la Ley de 2007, que fue pionera en esta materia. El deber de planificación que tienen las Administraciones públicas en relación con los contratos se deberá plasmar, entre otros aspectos, en la materialización de estos elementos, que tanto pueden contribuir a la mejora del interés general, tanto directamente en la ejecución de las políticas públicas, como de forma indirecta modificando los comportamientos de las empresas en el sector privado, por el riesgo reputacional de no hacerlo.

6
Racionalización de la contratación menor

El punto posiblemente más problemático es el de la contratación menor. Aquí se aúnan elementos de política municipal (se alega la necesidad de impulsar a las pymes del municipio) con las propias dificultades en los ayuntamientos pequeños para realizar un procedimiento de contratación en toda regla, aunque sea uno gestionado a través del mecanismo recogido en el artículo 159.6, el procedimiento coloquialmente conocido como supersimplificado.

La realidad muestra que recurrir a los contratos menores está costando mucho trabajo, incluso en el propio Estado[8], pero, al mismo tiempo, que es un aspecto esencial de la planificación que se ha de impulsar con apoyo (especialmente de las diputaciones provinciales) como con otras medidas vinculadas a la nulidad de los contratos.

6.1 La regulación actual de los contratos menores

Se trata de una figura que, bien aplicada, puede ser muy conveniente para la acción pública. El problema, como ocurre en tantas ocasiones, es que los abusos en la repetición de los mismos y en una utilización excesiva provocaron que se cuestionaran de forma generalizada.

De hecho, durante la crisis económica han podido servir como vía para paliar las tasas de reposición tan estrictas que ha impuesto el Gobierno de Rajoy y que han impedido la llegada de nuevo personal a las Administraciones públicas. Han servido, en definitiva, de una vía para externalizaciones de servicios de cuantía no especialmente elevada y que, por tanto, no tenían la misma repercusión pública. Hoy constituye una práctica formalmente prohibida, dado que el artículo 308.2 LCSP dispone que «en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores».

Incidir en los contratos menores como una forma para eludir la corrupción, la pequeña corrupción en la contratación pública, constituye un error. Un error derivado de que la vía más usual son los anticipos de caja fija y que hubiera merecido una modificación de la Ley General Presupuestaria. No podemos olvidar que este tipo de contratos (porque no se puede decir que tengan otra naturaleza) no tienen el más mínimo respaldo documental, más allá de la factura de haber realizado la prestación, ya sea de adquisición de bienes o de servicios o de suministros. La forma en la que se pagan, con un rellenado casi automático de cuantías, hace que sean muy complicados de controlar y que se pueda eludir a través suyo la normativa contable, presupuestaria y de contratación. No obstante, no resultaron objeto de revisión.

8. De hecho, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe relativo al expediente 41/2017, sobre la interpretación del artículo 118.3 de la LCSP, así como en el Informe relativo al Expediente 42/2017, ha hecho una interpretación bastante peculiar de la nueva regulación, que parece literalmente una vía para salvar la antigua regulación de los contratos menores en un contexto legal que es totalmente diferente.

¿Cuáles son los elementos básicos de los contratos menores?

De entrada, existe una limitación a los tipos de contratos en los que se pueden utilizar: únicamente en los contratos de obras, servicios y suministros. La presión política habida durante la tramitación parlamentaria ha reducido la cuantía aproximadamente un 20 % con respecto a las cantidades anteriores. A partir de la entrada en vigor de la norma serán 40 000 € para contratos de obras y 15 000 € para los contratos de servicios y suministros, tal y como dispone el artículo 118.1.

A fin de garantizar que se está utilizando de forma correcta el límite anual, la Ley exige la emisión de un informe en el que el órgano de contratación garantice que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, esto es, que no se está produciendo un troceamiento de su cuantía para eludir la aplicación de las reglas de adjudicación[9].

No obstante, la limitación mayor para la utilización de los contratos menores no procede de la LCSP, sino de las resoluciones de los órganos de control externo, que los han limitado para cubrir necesidades puntuales, esporádicas, concretas, definidas y urgentes. Dicho de otro modo, se trata de una modalidad de adjudicación del contrato que solo se puede utilizar en aquellos casos en los que no se puede planificar.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.8 de la Ley, la duración de los contratos, incluidas sus prórrogas, no podrá ser superior a un año. Esta medida, que se configura para evitar la sucesión de contratos menores, deberá suponer que no se admiten contratos similares para las mismas personas, con el fin de cumplir las exigencias que se han señalado antes de necesidades puntuales, esporádicas, concretas, definidas y urgentes.

También se han mejorado las exigencias de publicidad de los contratos, de tal manera que trimestralmente deberán ser publicados indicando, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario; lo que se configura como el criterio para la ordenación de los contratos. Los contratos menores deberán ser sometidos al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335.1, aunque se establece la misma salvedad de que están excluidos los de menos de 5000 € abonados a través de anticipos de caja fija.

Posiblemente de la regulación anterior no se pueda deducir que se han frenado las posibilidades de abuso a través de los contratos menores, aunque se han hecho más complicadas (salvo en lo referente a los de menos de 5000

9. En este punto, conviene recordar que empieza a existir cierta jurisprudencia sobre las consecuencias penales del trocamiento de los contratos para poder recurrir a los menores.

€ pagados a través de anticipos de caja fija). Sin duda, lo mejor sería recurrir a la planificación para hacer frente a las necesidades administrativas, y no parchear las situaciones a través de estos contratos menores. Pero esto también pasa por que las necesidades administrativas se puedan satisfacer con los medios propios de la Administración, y para ello el redimensionamiento cuantitativo y cualitativo de la Administración parece ineludible, después de unos años en los que las tasas de reposición han provocado cierta anorexia en la plantilla del sector público.

6.2 Alternativa a los contratos menores: procedimiento supersimplificado

La cuestión más relevante, llegados a este punto, es resolver la pregunta de qué hacer si no se puede recurrir a los contratos menores.

En primer lugar, los problemas que surgen con las reparaciones urgentes de equipamientos y, en general, con la contratación para solucionar todas las incidencias administrativas que no están previstas, ni, en principio, pueden estarlo. Es cierto que, para los problemas de las reparaciones que hoy tanto angustian, la planificación debería llevar a que en el momento de la adquisición se suscribieran contratos de mantenimiento.

Pero, además, la LCSP no ha sido tan radical en el sentido de obviar esta realidad. El artículo 168, donde se contienen los supuestos en los que se puede utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, contiene un caso que está pensado precisamente para este tipo de circunstancias: «Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119».

Se dispone, asimismo, de los contratos de servicios o suministros de forma sucesiva y por precio unitario y los acuerdos marco, que son mecanismos excelentes para racionalizar la contratación y para la adquisición de los bienes y servicios para los que se acostumbra a recurrir a los contratos menores. Y, al mismo tiempo, se deberían impulsar los sistemas de compra centralizada. Es cierto que, en particular, los acuerdos marco resultan procelosos de llevar a la práctica, pero con un adecuado apoyo de las diputaciones provinciales podrían ser factibles.

No es cuestión de recurrir al procedimiento aún más opaco de los anticipos de caja fija, que son de fiscalización limitada y que pueden ocasionar

inspecciones de los órganos de control externo en los supuestos en los que el volumen total de lo contratado a través de este procedimiento sea muy elevado. Sobre todo, no parece lo mejor cuando en la propia LCSP se ha recogido otro procedimiento para hacer frente a esta necesidad, que combina rapidez, planificación y publicidad.

En particular, la LCSP'17 ha incorporado, durante el trámite parlamentario, un nuevo procedimiento de adjudicación que sirve precisamente para este tipo de figuras: hago referencia al procedimiento abierto supersimplificado, que se incorporó durante la tramitación parlamentaria de la LCSP'17, como vía para reducir la contratación directa a casos extremos.

La regulación se encuentra recogida –casi sería mejor decir que se encuentra *escondida*– en el artículo 159.6 como una variante del procedimiento simplificado en donde se reducen los trámites precisamente por la limitada cuantía que tienen. Ni siquiera tiene un calificativo en la Ley, por lo que la denominación es coloquial, a la par de muy expresiva de lo que se está pretendiendo con su inclusión.

De entrada, la cuantía de estos contratos adjudicados a través del procedimiento supersimplificado es pequeña, pero superior a la que había con anterioridad en los contratos menores: 80 000 € en contratos de obras y 35 000 € en contratos de servicios y suministros. Teniendo en cuenta que la Ley quiere cierto automatismo en la adjudicación del contrato, no se puede utilizar para los contratos referentes a prestaciones intelectuales (precisamente por el hecho de que la adjudicación es automática).

En cuanto al procedimiento, varios son los elementos que han de ser tenidos en cuenta. Obviamente, se requiere que se haya cumplido con la obligación de tener alojado el perfil en la Plataforma de Contratos y que se realice cierta planificación. Si lo primero es una obligación legal, lo segundo debiera serlo como derivación del principio de buena administración.

El anuncio da paso a un plazo de presentación de ofertas de 10 días, y en los supuestos de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles. Realmente no puede hablarse de un problema de premura para no recurrir a él.

No hay acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, precisamente porque se trata de contratos cuyo riesgo es mínimo. Esto no elimina, por supuesto, el que el objeto social de la empresa se haya de referir al objeto del contrato. Este es el aspecto esencial que se ha de verificar.

La oferta se presenta en un único sobre o archivo electrónico. La adjudicación es automática, tanto en lo que se refiere a los criterios de valoración como en lo relativo a la valoración de las ofertas. De hecho, se quiere impulsar el que se haga de forma automática, ya que se señala que la valoración de

las ofertas se realizará «automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación».

Una vez adjudicado el contrato, no existe constitución de la fianza definitiva. Y la formalización del contrato se realiza con el consentimiento que pondrá el contratista en el acto de adjudicación del contrato.

Como se ha podido apreciar, la regulación que recoge el precepto aúna la rapidez de los contratos menores con la publicidad que ha de tener el procedimiento de adjudicación de los contratos. Por ello, dentro de la nueva actitud que tienen que tomar las Administraciones públicas frente a la LCSP, un salto adelante considerable sería articular estas pequeñas compras a través de este procedimiento en lugar de recurrir a mecanismos oscuros como son los anticipos de caja fija, a los que ya me referí en cierta ocasión, o incitar a los «viejos compañeros de los contratos menores» a que constituyan múltiples sociedades para que puedan seguir siendo contratistas.

7
Planificación de la lucha contra la corrupción y para el cumplimiento de la legislación social y ambiental

El último aspecto que quiero reseñar en la exigencia de planificación es la necesidad de aprobar un marco preventivo contra la corrupción y el favoritismo. Es una idea que nos conecta con los procedimientos de *compliance* en el sector privado y que derivan de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son procedimientos que se están empezando a desarrollar en las entidades del sector público y que, por vez primera, reciben un respaldo legal como el que reconoce la Ley de Contratos del Sector Público.

En este punto, la Ley exige a todos los órganos de contratación «tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción» (art. 64.1). Con ello, se supera el papel de la intervención y se obliga a adoptar medidas preventivas de carácter general que luego serán ejecutadas, entre otros, por los órganos de control interno.

La preocupación social que late en la LCSP (fruto de las enmiendas presentadas por los partidos de oposición al Gobierno del Partido Popular) permitió la inclusión de una obligación general de la Administración para «garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral» estable-

cidas en el derecho nacional, comunitario e internacional recogido en convenios ratificados por la UE (art. 201 LCSP).

Estas medidas constituyen derecho complementario, normalmente de índole práctica y de gestión y que se deben entender como medidas adicionales a las de las Ley, pues las recogidas en la LCSP ya son directamente vinculantes.