

INFORME 3/2023, DE 17 DE MARZO DO 2023, RESPECTO DE SE RESULTA PRECEPTIVO O INFORME XURÍDICO AO QUE SE REFIRE O APARTADO 8 DA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCEIRA DA LEI 9/2017, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO, NA TRAMITACIÓN DOS EXPEDIENTES DE CONTRATOS MENORES.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Pontevedra dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

O titular da Alcaldía do Concello, ao abeiro das atribucións legalmente atribuídas e de acordo co disposto no artigo 11 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta consultiva de Contratación administrativa da Comunidade autónoma de Galicia, solicita informe no que, en síntese, se conteste se na tramitación e aprobación dos expedientes de contratos menores resulta preceptiva ou non a emisión do informe xurídico ao que se refire o apartado 8 da Disposición adicional terceira da Lei 9/2007, de Contratos do Sector público, pola que se traspoñen ao Ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento e do Consello 23/2014/UE e 24/2014/UE, de 26 de febreiro e, en particular, como é o caso do Concello de Pontevedra, se resultaría necesario o informe do titular da Asesoría xurídica.





Coa solicitude asinada polo titular da Alcaldía achégase o informe da Asesoría xurídica do Concello, de 11 de febreiro de 2022, sobre este asunto e posibilidades de actuación en relación ao informe recaído no expediente 21/2021 da Xunta consultiva de contratación administrativa do Estado, no que se conclúe que resulta preceptivo o informe do Secretario municipal nos expedientes de contratación menor. Tamén se achega o certificado do acordo da Xunta de Goberno local adoptado na sesión de 4 e xaneiro de 2023.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1. A competencia deste órgano consultivo.

Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestión que, en materia de contratación administrativa, sometan a súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1, entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2. O carácter xeral da consulta formulada, os efectos da contestación á mesma e os antecedentes que xa existen sobre o asunto.

Con carácter previo a entrar no fondo do asunto, cómpre advertir “*ab initio*”, como xa resulta sabido, que a función consultiva encomendada a esta Xunta en ningún caso pode suplir, nin mesmo interferir, nas funcións de asesoramento xurídico que para a resolución de procedementos concretos, han de prestar preceptiva ou





facultativamente, os órganos que teñen abribuída tal competencia no ámbito da entidade local peticionaria, sen prexuízo de que nos seus razoamentos poidan apoiarse nas consideracións do presente informe e mesmo citalo expresamente.

Por outra banda, hase de ter en conta que sobre este mesmo asunto xa se ten pronunciado a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado no informe 21/2021, logo dunha consulta formulada polo Concello de Segovia. En dito informe, aquel órgano consultivo conclúe que o apartado 8 da Disposición adicional terceira da LCSP *“esixe o informe xurídico do Secretario da entidade local antes da aprobación dos expedientes de contratación, tamén no caso de contratos menores”*.

Con todo, esta Xunta Consultiva, co maior respecto e consideración da doutrina establecida pola Xunta consultiva do Estado, mais sendo consciente da relevancia que este controvertido asunto ten non só para o Concello de Pontevedra, senón para o funcionamento e actividade contractual ordinaria de todas as entidades locais galegas, emite o seu propio parecer con fundamento nas consideracións que se expoñen deseguido.

3. O artigo 118 LCSP: norma que regula un procedemento especial para a tramitación dos expedientes de contratos menores.

Ao xuízo desta Xunta, a premisa maior na que debe asentarse o razoamento xurídico respecto desta cuestión, vén determinada polo carácter e función que debe atribuírse ao artigo 118 LCSP, ao ser este un precepto que regula un procedemento especial e simplificado para a tramitación dos contratos menores, tendo como función introducir excepcións ao réxime xeral do procedemento administrativo de contratación establecido nos artigos precedentes dentro da mesma Subsección da Lei.





Sendo así, dita premisa maior pode enunciarse do seguinte xeito: a norma especial prevalece ou é de preferente aplicación respecto das normas xerais en todo o especificamente regulado pola primeira. Nunha consideración posterior enunciarase a premisa menor do razoamento, para deixar este siloxismo pechado no apartado de conclusións, facéndose necesario previamente argumentar debidamente cada unha das consideracións baixo as regras propias da hermenéutica xurídica.

Efectivamente, ao analizar polo miúdo o contido do artigo 118 da Lei 9/2017 e a súa incardinación no conxunto do texto legal, débese argumentar na procura dunha interpretación literal, sistemática e teleolóxica da norma, tomando tamén en consideración os antecedentes legislativos e a realidade social na que se desenvolve o traballo nos concellos e demais entidades locais galegas, pois todos eles son criterios interpretativos para a correcta esexese e posterior aplicación dunha norma xurídica, nos termos regulados no artigo 3.1 do Código Civil.

Pois ben, ao abeiro dos dous primeiros criterios interpretativos –o literal e o sistemático ou contextual- pódese afirmar que seguindo unha boa praxe de técnica normativa, o lexislador deulle título a todos e cada un dos preceptos da LCSP, encabezando o artigo 118 que se está a comentar coa rúbrica “*Expedientes de contratatación en contratos menores*”. Obsérvese que coa inclusión do substantivo “*expedientes*” estase a configurar un procedemento especial, distinto aos expedientes xerais de contratación que se regulan no artigos 116 e 117, dentro da subsección titulada “*Expediente de contratación*”.

Con boa sistemática e seguindo unha orde lóxica, neses dous preceptos 116 e 117, régúlase o réxime xeral do expediente de contratación (o seu contido e aprobación), para logo introducir deseguido unha norma especial no artigo 118 relativa aos expedientes de contratos menores, regulándose o seu contido necesario e facendo





pivotar a mesma sobre o acto de “*aprobación do gasto*” fronte ao réxime xeral establecido no artigo 117 de “*aprobación do expediente*”. Este matiz diferencial resulta certamente significativo, ao non existir propiamente no contrato menor un acordo ou resolución de aprobación do expediente, acto administrativo que si se require no artigo 117 como regra xeral.

A maior abastanza na defensa desta consideración do artigo 118 como norma especial para a regulación do procedemento nos expedientes dos contratos menores, debe salientarse o seu carácter máis extensivo dende o punto de vista procedimental respecto do artigo precedente, ampliándose a regulación ata a fase de recoñecemento da obriga e documentación da prestación realizada polo contratista adxudicatario mediante a incorporación ao expediente da correspondente factura, precisándose que no caso de contratos menores de obras tamén se require presuposto e, cando proceda, proxecto técnico e mesmo supervisión do mesmo se a obra a realizar afectase a estabilidade, seguridade ou estanquidade da construción.

Xa que logo, obsérvase no lexislador a intención de que este precepto poida abranguer unha regulación acabada e completa deste tipo de procedementos, esgotando aquí os requirimentos formais esixíbeis, sen que sexa necesario completalas con outros preceptos do texto legal.

E seguindo cos criterios interpretativos que se enunciaron anteriormente, ao analizar o precepto desde un punto de vista teleolóxico, dedúcese que con esta norma especial o lexislador pretendeu simplificar as esixencias procedimentais da contratación para os casos de gastos de escasa contía, manténdose na liña da normativa precedente (artigo 56 da Lei 13/95, de 18 de maio, de Contratos das Administracións públicas e artigo 95 da Lei 30/2007, logo 111 do Texto refundido da Lei de contratos do Sector público aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de novembro). Pois tal como xa





apuntaba a Exposición de motivos daquela primeira Lei de contratos das Administracións públicas de 1995, pretendíase unha *“acción de simplificación do procedemento xurídico de contratación”*, comentando o Consello de Estado sobre o proxecto daquela Lei (Ditame de 2 de decembro de 1993) que *“tamén os contratos menores deben estar precedidos da tramitación do expediente de contratación e da aprobación de este, aínda que o seu contido sexa mínimo”*.

Xa que logo, neste percorrido histórico sobre os antecedentes lexislativos da actual LCSP, dedúcese que a norma procedimental de contratación menor, determinada sempre por razóns de contía económica e non dende logo por constituír categoría contractual distinta, tivo xa a súa orixe na idea de simplificación do procedemento e por iso, de xeito similar ao previsto noutra normativa procedimental -como é o caso da tramitación simplificada do procedemento administrativo común regulada no 96 LPACAP), se mantén actual artigo 118, todo isto en aras da aplicación efectiva do principio de eficacia (art. 3.1 da Lei 40/2015, de 1 de outubro, de Réxime xurídico do Sector público) na realización das competencias e actividades da administración pública, impulsando os procedementos baixo o principio de celeridade (artigo 71 da Lei 39/2015, de Procedemento administrativo común das administracións públicas).

4. O carácter facultativo de informe xurídico nos expedientes de contratación menor ao non incorporarse aos mesmos pregos de cláusulas administrativas particulares.

Na idea exposta na consideración anterior, no senso de que os contratos menores teñen unha tramitación moi simplificada, na regulación contida no artigo 118 non se esixe que ao expediente se incorporen pregos de cláusulas administrativas particulares, tal como si resulta esixible con carácter xeral nos expedientes de contratación, tal como





expresamente se dispón no apartado 3 do artigo 116, regulándose polo miúdo o seu contido necesario e outro posible no artigo 122.

Como é sabido, ditos pregos son os que determinan o réxime xurídico de cada contrato en particular, polo o carácter de “*lex contractus*” que lles atribúe a xurisprudencia e a doutrina, xa que no seu contido deben incluírse abondosos conceptos xurídicos e referencias a moita normativa –consideracións sociais, ambientais, laborais, protección de datos e outros ámbitos regulados por profusa lexislación- polo que se require que sexan sometidos a análise xurídica do servizo correspondente, tanto na Administración do Estado (por recollerse así expresamente no artigo 122.7), coma nas restantes administracións públicas. No caso concreto da administración local, correspóndelle á persoa titular da Secretaría ou, no seu caso, da Asesoría xurídica –para os concellos acollidos á regulación do Título X da Lei 7/85, de 2 de abril, de Bases de Réxime local. Nesta esixencia de que se emita un informe xurídico con respecto aos pregos de cláusulas administrativas particulares, debe chamarse a atención sobre o derradeiro inciso do artigo 122.7, precepto que aínda que referido e aplicable só ao sector público estatal, resulta certamente esclarecedor no debate desta cuestión, ao exonerar do carácter preceptivo do informe xurídico a aqueles expedientes de contratación que incorporen un prego de cláusulas administrativas particulares axustado a un prego-tipo ou modelo que xa tivera sido informado polos servizos xurídicos. Está subxacente, xa que logo, a idea de que o obxecto nuclear da informe xurídico é precisamente o contido do prego de cláusulas administrativas particulares.

Mais no caso dos expedientes de contratación menor, ao carecer de pregos de cláusulas administrativas particulares e resultar moi sinxela e común a documentación que se incorpora (orçamento e factura), non se esixe preceptivamente informe xurídico, sen prexuízo de que o órgano de contratación poida solicitalo cando o estime





necesario para aclarar algún concepto ou requirimento legal ou mesmo para determinar o alcance e efectos das obrigas asumidas por cada unha das partes contratantes.

Pois a este respecto convén aclarar que, aínda tratándose de expedientes nos que hai que presumir certa correspondencia entre o baixa contía e a simpleza da prestación a realizar, pode resultar necesario que se incorporen algunhas prescricións para definir correctamente as obrigas do contratista, o prazo de execución e demais elementos que permitan verificar a correcta execución da obra, servizo ou subministro, con carácter previo á prestar conformidade á factura e realizar posteriormente o pagamento correspondente.

5. A mesma regulación e requisitos procedementais dos expedientes de contratos menores para todas as administracións públicas.

A regulación do contrato menor que se vén de expor segundo á dicción e esexese contida no artigo 118, é plenamente aplicable ao conxunto das administracións públicas, ao estar dito artigo dentro da lexislación de carácter básico ditada ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución, tal como se deduce do disposto na Disposición final primeira, que só configura como non básico o apartado 4 do precepto.

Tendo tal carácter, tanto a interpretación coma a aplicación práctica do precepto é a mesma, con independencia de que a administración actuante sexa a estatal, a autonómica, a local ou mesmo a institucional, sen prexuízo da regulación propia que poidan ditar as comunidades autónomas no ámbito das súas competencias e os desenvolvementos que se poidan realizar en regulamentos de execución daquelas normas con rango de Lei. No caso de Galicia, non se ten aprobado ningunha Lei autonómica que regule os expedientes de contratos menores, polo que todo o





precepto é plenamente aplicable, mesmo o apartado 4 de carácter non básico, pola cláusula de supletoriedade do Dereito estatal establecida no artigo 149.3, “*in fine*”, da Constitución

Sendo así a regulación legal que se vén de expor, tamén resulta da práctica que se está a seguir no conxunto das administracións públicas a de non esixir con carácter preceptivo a incorporación de informe xurídico aos expedientes de contratación menor, polo que non se atopa motivación suficiente nin disposición que especificamente impoñan un pretendido carácter preceptivo a dito informe no ámbito da contratación das entidades locais, pois tal esixencia non concordaría co Principio de igualdade e lexitimidade coa que actúan as distintas administracións públicas do Estado, no marco das súas respectivas competencias constitucional ou legalmente atribuídas.

6. A Disposición adicional terceira non esixe especificamente a emisión de informe xurídico para a aprobación dos gastos na contratación menor. Tamén os contratos menores están exentos de fiscalización previa.

Baixo a idea que se vén de expor de que o expediente de contratación menor ten os mesmos requisitos en todas as administracións públicas, non se pode concluír que exista un requisito adicional nas entidades locais ao abeiro do disposto no apartado 8 da Disposición adicional terceira da LCSP, ao establecer con carácter xeral que “*os informes que a Lei asigna aos servizos xurídicos serán emitidos polo Secretario*” nin tampouco cando dispón deseguido que “*será tamén preceptivo o informe do Secretario na aprobación dos expedientes de contratación*”. Pois no razoamento siloxístico que se está a seguir neste ditame, a premisa menor pode enunciarse de xeito negativo dicindo que a disposición adicional que se está a comentar non ten carácter especial no eido





procedementa no que se engarza o artigo 118, senón unha norma específica para as entidades locais, mais de carácter xeral no plano procedimental, ao non innovar nada nin introducir matiz ningún no tocante á regulación xeral dos expedientes de contratación.

Por este carácter de norma específica para as entidades locais, mais xeral no tocante ao procedemento, tamén a disposición adicional terceira regula con alcance xeral que *“os actos de fiscalización exércense polo órgano interventor da entidade local (apartado 3)”*, mais esta esixencia xeral, nunha disposición introducida especificamente para regular a contratación nas entidades locais, ten a súa excepción nos expedientes de contratación menor, que están exentos de fiscalización previa por disposición expresa do artigo 219.1 do Texto refundido da Lei reguladora das Facendas locais (Real decreto lexislativo 2/2004, de 5 de marzo), seguindo esta norma o previsto na Lei xeral orzamentaria e normativa de desenvolvemento para a fiscalización que exerce a IGAE no ámbito da Administración xeral do Estado.

E debe salientarse que nesta comparativa entre informe xurídico e informe de fiscalización e a falla de esixencia preceptiva dos mesmos nos expedientes de menor, habería certamente máis razóns para a esixencia do segundo ca do primeiro, pois o ámbito material da fiscalización abrangue a correcta imputación orzamentaria e contábel do gasto, o que implica a análise previa da natureza xurídica e económica da operación, e a súa axeitada cuantificación acorde aos prezos de mercado, así como a competencia do órgano que teña que aprobar o gasto, namentres que o informe xurídico tería un ámbito de análise limitado á natureza da prestación e a súa incardinación na tipoloxía contractual axeitada.

Con todo, o lexislador decidiu excluír da fiscalización previa os contratos menores na procura da axilización dos procedementos deste tipo, dada a escasa importancia





relativa do gasto. Mais dita exclusión non significa que os mesmos queden exentos de todo control, xa que aínda que sexa por mostraxe teñen que ser sometidos ao control financeiro posterior. Por esta razón, nalgúnhas corporacións, no exercicio da súa autonomía, tense decidido o sometemento a fiscalización previa a estes gastos.

Pois do mesmo xeito, neste paralelismo comparativo que se está a facer, tamén cada entidade local pode establecer na súa normativa específica –as bases de execución do orzamento poden resultar a norma máis idónea para incorporar esta regulación- a emisión preceptiva de informe xurídico en determinados expedientes de contratación menor, a partir de determinados importes ou pola natureza ou financiamento específico de determinados gastos.

Así -e para que sirva de referencia na boa praxe por parte das entidades locais-, pénsese, por exemplo, nos expedientes de gasto que se están a financiar con fondos “*Next Generation UE*” procedentes da MRR apropiado pola UE e asignados segundo a regulación aprobada por España no PRTR. Como é ben coñecido, a regulación na tramitación destes fondos esixe a elaboración por cada administración executora dun Plan de prevención do fraude e loita contra corrupción, cos requirimentos que esixe o artigo 6 da Orde HFP 1030/2021, do 29 de setembro. Pois ben, resulta recomendable que para facer unha análise de riscos en cada expediente, se conte con asesoramento xurídico mediante a emisión do correspondente informe pola Secretaría ou Asesoría xurídica da Corporación local ou, cando menos, mediante a participación do persoal funcionario titular de ditos órganos nos comités ou comisións que avalíen as medidas para previr o fraude e a corrupción.





7. A asistencia xurídica ao órgano de contratación nos actos de aprobación-disposición do gasto e recoñecemento da obriga.

As argumentacións anteriores, fundamentando a non existencia preceptiva do informe xurídico nos expedientes de contratación menor, podería inducir a pensar que neste tipo de expedientes a administración local non actuaría coa mesma seguridade xurídica ca nos restantes expedientes de contratación e mesmo que podería quedar certa marxe de desprotección das persoas titulares dos órganos de contratación das entidades locais, que ditarían os actos administrativos de aprobación e disposición do gasto e posterior recoñecemento da obriga de pago sen contar con asistencia xurídica.

Mais esta conclusión inicial ha de quedar desvirtuada ao tomarse en consideración o réxime de funcionamento das entidades locais e o papel certamente relevante que asume a Secretaría, tanto no exercicio da súa función de fe pública coma no de asesoramento legal preceptivo, pois ambas as dúas tenden a contribuír ao bo cumprimento normativo e o desenvolvemento da actividade destas administracións cunha razoable seguridade xurídica, tal como se explica deseguido.

No tocante á primeira das funcións –a fe pública–, ha de repararse en que no seu exercicio práctico, está previsto no Regulamento de organización e funcionamento das entidades locais (Real decreto 2586/1986, do 28 de novembro) que todos os expedientes, unha vez concluídos, teñen que entregarse á Secretaría da Corporación para que, “*despois de examinalos*” (dicción literal do artigo 177.1), se sometan a Presidencia, ben para resolvelos ou para incluílos na orde do día do órgano colexiado competente. Polo tanto, antes de seren ditadas formalmente as resolucións e producir efecto xurídico, a persoa titular da Secretaría sempre terá a facultade de advertir á persoa titular da Alcaldía ou Presidencia, ben verbalmente ou mediante nota interior– se aprecia unha manifesta incorrección xurídica no expediente. E o mesmo se pode dicir





con respecto aos acordos adoptados polos órganos colexiados, ao corresponderlle á Secretaría a asistencia á Alcaldía ou Presidencia para formar a orde do día e incluír na mesma os asuntos que deban ser aprobados, e asistindo a persoa titular desta función, co carácter de fedataria, a cada unha das sesións, coa posibilidade de que poida informar verbalmente sobre a corrección xurídica dos acordos a adoptar cando fose expresamente requirida (artigo 94.3 en relación co artigo 113.1 do ROF).

E xa no que atinxe concretamente ao asesoramento legal, está prevista e regulada a posibilidade de que a Presidencia da Corporación poida pedirlle á Secretaría –ou, no seu caso, ao titular da asesoría xurídica, nos concellos de grande poboación- os informes xurídicos que estime necesarios con carácter previo a adopción do acordo ou ditar a resolución. E aínda non mediando solicitude expresa previa de informe, dentro das funcións de asesoramento xurídico que lle competen ao titular da Secretaría, está a de informar sobre a corrección xurídica dos acordos se fose requirido pola Presidencia na mesma sesión na que se vai a adoptar o acordo (artigo 3.3., apartado e, do Real decreto 128/2018, de 18 de marzo, polo que se regula o réxime xurídico dos funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional).

Xa que logo, aínda que non estea configurado como preceptivo o informe xurídico nos expedientes de contratación menor, sempre se poderá incorporar dito informe, naqueles expedientes que polo seu contido necesiten dunha previa análise e mesmo interpretación xurídica da súa natureza, formalidades ou efectos. Cada corporación local, tendo en conta a súa organización e funcionamento e no exercicio da súa autonomía, ha de regular a tramitación dos contratos menores, coa finalidade de que toda a actuación realizada sexa plenamente respectuosa coa legalidade da actividade contractual, en aras da vinculación positiva ao Principio de legalidade ao que están sometidas o conxunto das administracións públicas.





A vista das consideracións expostas, esta Xunta consultiva emite as seguintes

CONCLUSIÓN:

PRIMEIRA.- O artigo 118 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos do Sector público, regula un procedemento de contratación especial de carácter simplificado, para a tramitación dos contratos menores, que veñen configurados por razón da súa escasa contía. No expediente que se tramite en cada caso debe incorporarse a documentación esixida en dito precepto e cumprindo cos demais requirimentos legais, sen que sexa necesaria a inclusión de prego de cláusulas administrativas particulares nin resulte preceptivo en todo caso a emisión de informe xurídico.

SEGUNDA.- Segundo a regulación contida no expresado artigo 118, o expediente de contratación menor ten as mesmas formalidades e requisitos en todas as administracións públicas, sen que poida entenderse que a Disposición adicional terceira da LCSP, estableza requisitos ou esixencias adicionais para as entidades locais. Dita disposición ten carácter específico para as entidades locais, mais é de carácter xeral no que atinxe á regulación procedemental, tanto no seu réxime xeral como no réxime especial dos contratos menores.

TERCEIRA.- Sen prexuízo de que non resulte estritamente preceptivo, para os casos de que no expediente que se estea a tramitar por unha entidade local se aprecien dúbidas respecto dalgún concepto xurídico, dos dereitos e obrigas das partes ou da corrección do procedemento a a súa conformidade á lexislación aplicábel en cada caso, poderase requirir a incorporación dun informe xurídico a emitir pola persoa titular da secretaría ou, no seu caso, da persoa titular da asesoría xurídica nos concellos que se





organizan ao abeiro do disposto no Título X da Lei 7/85, de 2 de abril, de Bases de Réxime local.

CUARTA.- En calquera caso, as entidades locais galegas, no exercicio da súa autonomía, poderán regular na súa normativa de tramitación dos gastos –as bases de execución do orzamento ou normativa especial reguladora de medidas antifraude e contra a corrupción- que se emita con carácter preceptivo informe xurídico nos expedientes de contratación que menor a partir de determinada contía, tendo en conta a natureza do gasto ou o financiamento recibido, mais sen que esta esixencia adicional poida retardar un procedemento de contratación previsto especialmente para cumprir ao máximo co principio de celeridade, de xeito que se poida satisfacer o interese público sen maior demora.

En Santiago de Compostela, a 17 marzo de 2023.

