

CONTRATOS MENORES

Prof. Dr. Jesús Punzón Moraleda

Ciudad Real, 11-04-18

REGULACIÓN

- **Artículo 29.8** *Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación*
- **Artículo 36.1** *Perfección de los contratos*
- **Artículo 37.2** *Carácter formal de la contratación del sector público*
- **Artículo 63.4** *Perfil de contratante*
- **Artículo 118.** *Expediente de contratación en contratos menores*
- **Artículo 131.3** *Procedimiento de adjudicación*
- **Artículo 153.2** *Formalización de los contratos*
- **Artículo 153.6** *Formalización de los contratos*
- **Artículo 154.5** *Anuncio de formalización de los contratos*
- **Artículo 308.2** *Contenido y límites*
- **Artículo 335.1** *Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas*
- **Disposición adicional primera. Contratación en el extranjero (Punto 1)**
- **Disposición adicional tercera. Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales. (Punto 3)**
- **Disposición adicional novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones (Punto 1)**
- **Disposición final primera. Títulos competenciales (Punto 3)**

Artículo 29. Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación

- “8. Los contratos menores definidos en el apartado primero del **artículo 118**

- **no podrán tener**

- una duración **superior a un año**
- **ni ser objeto de prórroga.”**

- **Comentario (1): art. 23 TRLCSP** “3. Los contratos menores definidos en el **artículo 138.3** **no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.”**

- **Regulación similar**

Artículo 36. *Perfección de los contratos*

- “1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores,
 - **a excepción de los contratos menores** y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo,
 - **se perfeccionan con su formalización.”**

• **Comentario (1): art. 27 TRLCSP “Artículo 27. Perfección de los contratos**

- 1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. Los contratos subvencionados que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, deban considerarse sujetos a regulación armonizada, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. Las partes deberán notificar su formalización al órgano que otorgó la subvención.
- 2. Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación.”
- **Regulación coherente con el hecho de la INEXISTENCIA DE PLIEGOS EN EL SUPUESTO DE LOS CONTRATOS MENORES**
- **su perfección se lleva a cabo en el momento de la adjudicación del contrato** (tégase en cuenta el art. 118 LCSP)

Artículo 37. *Carácter formal de la contratación del sector público*

- “2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán
 - de acuerdo con lo previsto en el artículo 153,
 - **sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118.”**
- **Comentario (1): art. 28 TRLCSP “Artículo 27 Artículo 28. Carácter formal de la contratación del sector público**
- (...)
- 2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 156, **sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 111.**
- (...)”
- **Regulación similar**

Artículo 63. Perfil de contratante

- “4. La **publicación de la información** relativa a los **contratos menores**
 - deberá realizarse **al menos trimestralmente**.
 - La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos,
 - su **objeto**,
 - **duración**,
 - el **importe de adjudicación**, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido,
 - y la **identidad del adjudicatario**,
 - **ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario**.
- **Quedan exceptuados de la publicación** a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos
 - cuyo **valor estimado**
 - fuera **inferior a cinco mil euros**,
 - **siempre que** el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera
 - el de anticipo de caja fija
 - u otro sistema similar para realizar pagos menores.”
- **Comentario (1): en el art. Artículo 8.** Información económica, presupuestaria y estadística (**Ley 19/2013, de 9 de diciembre - Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno-**) se establece:
- “1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:
 - a) Todos los contratos, con indicación del **objeto**, **duración**, el **importe** de licitación y de **adjudicación**, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento **y la identidad del adjudicatario**, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. **La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.**”

- **Comentario (2):** se indica en el precepto “ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario”. Entendemos que es para **hacer más visible adjudicaciones a un mismo operador económico**.
- **Comentario (3):** En el ámbito del ESTADO los anticipos de caja fija están regulados en el art. 78.1 -Anticipos de caja fija y fondos de maniobra- de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 noviembre) que dispone que son “**anticipos de caja fija las provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realicen a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos**”. (Véase también el Real Decreto 725/1989, de 16 de junio, que regula los Regula los anticipos de Caja fija).

Artículo 78. Anticipos de caja fija y fondos de maniobra (LGP)

- Notas de vigencia: Ap. 1 modificado con efectos de 1 de enero de 2009 y vigencia indefinida por disp. final 10.4 de Ley 2/2008, de 23 de diciembre. RCL\2008\2146.
- 1. De acuerdo con lo preceptuado en esta Ley y en su desarrollo reglamentario, **los ministros y los presidentes o directores de los organismos autónomos**, previo informe de su Intervención Delegada en ambos casos, establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las normas que regulan los pagos satisfechos mediante anticipos de caja fija, determinando los criterios generales de los gastos que puedan ser satisfechos por tal sistema, los conceptos presupuestarios a los que serán aplicables los límites cuantitativos establecidos para cada uno de ellos, su aplicación al presupuesto y cuantas estimaciones se consideren oportunas.
- Se entienden por anticipos de caja fija las provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realicen a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos.
- 3. En todo caso, **la cuantía global de los anticipos de caja fija no podrá superar para cada ministerio u organismo autónomo el siete por ciento del total de créditos del capítulo destinado a gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto vigente en cada momento.**
- Se autoriza a la Agencia Española de Cooperación Internacional para que la cuantía global de los anticipos de caja fija pueda exceder del siete por ciento previsto en este artículo, hasta un máximo del 14 por 100 del total de los créditos del capítulo destinado a gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto vigente en cada momento.
- El porcentaje indicado en el párrafo primero de este apartado podrá incrementarse hasta un máximo del 10 por 100 de los créditos del artículo 23, «indemnizaciones por razón del servicio», del programa 222A, «Seguridad ciudadana», del Ministerio del Interior, y aplicable únicamente a la gestión del indicado artículo.
- 4. Igualmente, la cuantía global de los fondos de maniobra asignados a todos los centros de gestión pertenecientes a una misma entidad de la Seguridad Social no podrá exceder del tres por ciento de los créditos del capítulo destinado a gastos corrientes de bienes y servicios del presupuesto vigente en cada momento.
- Porcentaje que podrá ser elevado hasta un siete por ciento por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 5. Las unidades administrativas responsables de estos fondos, que formarán parte del Tesoro Público o del patrimonio de la Seguridad Social, según corresponda, justificarán su aplicación y situación conforme se establezca reglamentariamente.

Ley de Haciendas Locales de 2004 (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo)

• Artículo 190. Pagos a justificar. Anticipos de caja fija

- “1. Las órdenes de pago cuyos documentos no se puedan acompañar en el momento de su expedición, según previene el artículo anterior, tendrán el carácter de a justificar y se aplicarán a los correspondientes créditos presupuestarios.
- 2. Las bases de ejecución del presupuesto podrán establecer, previo informe de la Intervención, **las normas que regulen la expedición de órdenes de pago a justificar con cargo a los presupuestos de gastos**, determinando los criterios generales, los límites cuantitativos y los conceptos presupuestarios a los que sean aplicables.
- Los perceptores de estas órdenes de pago quedarán obligados a justificar la aplicación de las cantidades percibidas en el plazo máximo de tres meses, y sujetos al régimen de responsabilidades que establece la normativa vigente.
- En ningún caso podrán expedirse nuevas órdenes de pago a justificar, por los mismos conceptos presupuestarios, a perceptores que tuviesen aún en su poder fondos pendientes de justificación.
- 3. Para las atenciones de carácter periódico o repetitivo, los fondos librados a justificar podrán tener el carácter de anticipos de caja fija. Los perceptores de estos fondos quedarán obligados a justificar la aplicación de las cantidades percibidas a lo largo del ejercicio presupuestario en que se constituyó el anticipo.”

• Artículo 219. Fiscalización previa

- “1. **No estarán sometidos a intervención previa** los gastos de material no inventariable, **contratos menores**, así como los de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones, así como otros gastos menores de 3.005,06 euros que, de acuerdo con la normativa vigente, se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija...”

- **Comentario (1):** aunque la fiscalización no es necesaria respecto a los contratos menores **sí se puede solicitar informe sobre la legalidad de la propuesta al interventor para tramitar el compromiso de gasto.**

- Véase un interesante artículo de opinión del Prof. Julio González –“Anticipos de caja fija y contratos menores en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”- (<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/01/25/anticipos-de-caja-fija-y-contratos-menores-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico/>) en el que concluye: **“Ciertamente, no es la legislación de contratos públicos la que habría de dar respuesta a estas dificultades de los anticipos de caja. Sería conveniente que la legislación presupuestaria y de hacienda, esto es, allá donde se incluyen los mecanismos de control, fueran objeto de revisión para evitar estas fugas del sistema, aún reconociendo que estos anticipos de caja fija deben mantenerse, al igual que los contratos menores.”**

Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores

- 1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado
 - inferior a **40.000 euros**, cuando se trate de **contratos de obras**,
 - o a **15.000 euros**, cuando se trate de contratos de **suministro o de servicios**,
 - sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.
- En los contratos menores la tramitación del expediente **exigirá**
 - el **informe del órgano de contratación** motivando la **necesidad del contrato**.
- Asimismo se requerirá
 - la **aprobación del gasto**
 - y la incorporación al mismo de **la factura correspondiente**,
 - que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.
- **Comentario (1): art. 27 TRLCSP “Artículo 111. Expediente de contratación en contratos menores**
 - “1. En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente solo exigirá **la aprobación del gasto** y la incorporación al mismo de la **factura correspondiente**, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.
 - 2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.”
- **Comentario (2): Se reducen las cuantías.**
- **Comentario (3): Sólo se puede utilizar esta figura contractual para **contratos de obras, servicios y suministros****

- **Comentario (4):** *nada se indica en la LCSP sobre la naturaleza de las prestaciones que pueden ser contratadas mediante c. menores. No obstante, véase en este sentido:*
 - El **Informe del Tribunal de Cuentas 1151 /2016, de 27 abr. 2016**, de fiscalización de los contratos menores del INSS.
 - La *JCCA* de Cataluña, en su **Informe 14/2014, de 22 de julio** (considera que se deben evitar los contratos menores para cubrir necesidades recurrentes).
 - En el mismo sentido véase el **Dictamen 128/2016, de 21 de abril**, del Consejo Consultivo de Canarias.

- “2. En el **contrato menor de obras**, deberá añadirse, además,
 - el **presupuesto de las obras**,
 - sin perjuicio de que deba existir el correspondiente **proyecto** cuando normas específicas así lo requieran.

Deberá igualmente solicitarse

- **el informe de las oficinas o unidades de supervisión** a que se refiere el **artículo 235** cuando el trabajo afecte a
 - la estabilidad,
 - seguridad
 - o estanqueidad de la obra.
- 3. En el expediente **se justificará**
 - **que no se está alterando el objeto del contrato** para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación,
 - y que **el contratista no ha suscrito más contratos menores**
 - que **individual o conjuntamente** superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo.
 - El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.
 - Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º
- 4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.”

- Varias sentencias han considerado como prevaricación la división del contrato con el fin de su adjudicación directa como menor, como ejemplo, véase:
 - STS de 30 abril de 2015
- BATET JIMÉNEZ, María Pilar, recoge unas recomendaciones a tener en cuenta para evitar Incurrir en fraccionamiento irregular de los contratos (“Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos”, en
 - <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>):
 - «1. que los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su **tramitación debe ser restrictiva**
 - 2. que el contrato menor **no** es apto para atender las **necesidades de carácter recurrente**
 - 3. que se debe analizar si las distintas prestaciones son o no susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por **constituir una unidad funcional** entre ellas así como el resto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto
 - 4. que es necesario que el órgano de contratación realice una **programación del gasto público** en función de las necesidades a cubrir, para poder tomar la decisión más adecuada al contratar».

• JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO

• 1) Expediente: 5/2018. Materia: Limitación de los contratos menores: cómputo del plazo

• *Pregunta formulada: ¿operan ex novo, con respecto al mismo contratista, o por el contrario, el importe de los contratos celebrados al amparo de la normativa anterior, debe ser tenido en cuenta a los efectos de los límites cuantitativos establecidos en la nueva normativa?*

- 1º. Si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, **no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación** del segundo contrato menor.
 - este plazo debe **contarse desde el momento de la aprobación del gasto** (artículo 118.1)
- 2º. El periodo de un año a que se extiende la limitación temporal aludida también puede y aún **debe contarse hacia atrás en el tiempo desde la fecha en que se celebre el primer contrato menor** conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- 3º. Para los contratos menores que se celebren una vez producida la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, **es menester incluir un análisis específico en el que se justifique**
 - que **no concurren las circunstancias prohibidas** en el precepto legal
 - y que el **órgano de contratación deberá comprobar el cumplimiento de esta condición**

- **2) Expediente 41/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP**

- **1) Se solicita a la Junta Consultiva la emisión de un dictamen sobre cómo debe interpretarse la expresión siguiente:**

- *“En el expediente se justificará **que no se está alterando el objeto del contrato** para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista **no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra** que consta en el apartado primero de este artículo”.*

- **Contestación:** en el expediente de contratación propio de los contratos menores habrá que justificar

- A) **Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta**, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública (**fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor**)

- B) **Que el contratista no haya suscrito más contratos** menores que individual o conjuntamente **superen el umbral** establecido.

- **La ley no contempla una limitación** a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando

- **las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes**
- **y no formen una unidad.**

- *b) Si por el contrario, y dada la sistemática de dicha expresión, ¿debe entenderse que es a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor del que se trate, de tal manera que **nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con el Ayuntamiento diversos contratos menores**, siempre que aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa se trate de contratos con objetos distintos nítidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas?*
- **Contestación:**
 - **Sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista (pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma).**
 - **Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.**

- ***Sobre la materia puede consultarse también:***

- ***1) El Informe 3/2018, de 13 de febrero, (JCCA Aragón)***
- ***2) Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores (JCCA Madrid)***

1) El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

- **CONCLUSIONES:**

- I. La regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse.
- IV. La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.
- V. La incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia –en sí recomendables con carácter general- para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118.

2) Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores (JCCA Madrid)

- **CONCLUSIONES:**

- 1.- La regla de incompatibilidad descrita en el artículo 118.3 de la LCSP opera respecto de contratos menores de la misma tipología – obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.
- 2.- Las limitaciones relativas a las cuantías de los distintos tipos de contratos menores se refieren a cada uno de los órganos de contratación de la Administración contratante, por lo que deberán ser éstos quienes arbitren las medidas destinadas a efectuar la comprobación indicada en el artículo 118.3 de la LCSP.
- 3.- El período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente.

Artículo 131. Procedimiento de adjudicación

- “3. Los contratos menores **podrán adjudicarse directamente** a cualquier empresario
 - con **capacidad de obrar**
 - y que cuente con la **habilitación profesional necesaria** para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.”
- **Comentario (1): Artículo 138 TRLCSP Procedimiento de adjudicación**
- (...) “3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.”
- **Redacción similar**

Artículo 153. *Formalización de los contratos*

- “2. En el caso de los **contratos menores** definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los **documentos a los que se refiere dicho artículo.**”

Comentario (1): Artículo 156 TRLCSP Formalización de los contratos:

- (...) “2. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 138.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 111.”

Artículo 153. *Formalización de los contratos*

- “6. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y **131.3 para los contratos menores**, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, **no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización.**”

Artículo 154. *Anuncio de formalización de los contratos*

- 5. Los contratos menores serán objeto de **publicación** en las condiciones establecidas en el **apartado 4 del artículo 63**.

CAPÍTULO V. Del contrato de servicios

Sección 1.ª Disposiciones generales

Artículo 308. Contenido y límites

- “2. **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.
- A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.”

Artículo 335. *Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas*

- “(...)
- Además, se remitirá
 - una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores,
 - **excepto**
 - aquellos que siendo su **importe inferior a cinco mil euros** se satisfagan a través
 - del sistema **de anticipo de caja fija**
 - **u otro sistema similar** para realizar pagos menores,
 - donde se consignará
 - la identidad del adjudicatario,
 - el objeto del contrato
 - y su cuantía.
 - Dichas relaciones se ordenarán 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.”

Disposición adicional primera. *Contratación en el extranjero*

- 1. Los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, sin perjuicio de tener en cuenta los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que, en su aplicación, puedan presentarse, se regirán por las siguientes normas:
 - “d) **Sin perjuicio de lo establecido para los contratos menores,**
 - los contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir los mismos.
 - e) La formalización se llevará a cabo
 - mediante documento fehaciente,
 - remitiendo los datos de estos contratos
 - al Ministerio de Hacienda y Función Pública
 - a los efectos previstos en el artículo 346 relativo al Registro de Contratos del Sector Público,
 - sin perjuicio de la obligación de remisión al Tribunal de Cuentas prevista en el artículo 335.
 - **En cuanto a los contratos menores se estará a lo dispuesto con carácter general para los mismos en esta Ley.”**

Disposición adicional tercera. *Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales*

- “3. Los actos de fiscalización se ejercen por
 - el órgano Interventor de la Entidad local.
 - Esta fiscalización recaerá también
 - sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato,
 - **excepto**
 - **los contratos menores,**
 - en el cumplimiento por la Entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
 - El órgano interventor asistirá a la **recepción material de todos los contratos,**
 - **excepto**
 - **los contratos menores,**
 - en ejercicio de la función de fiscalización material de las inversiones que exige el artículo 214.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
 - Podrá estar asistido en la recepción
 - por un técnico especializado en el objeto del contrato,
 - que deberá ser diferente del director de obra
 - y del responsable del contrato.
 - Los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales asistirán a los pequeños Municipios a estos efectos y los demás previstos en la Ley.”

Disposición adicional novena. *Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones (Punto 1)*

• 1. La suscripción

- a revistas y otras publicaciones,
 - cualquiera que sea su soporte,
- así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas,
 - y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente,
 - podrán efectuarse, **cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada,**
 - **de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores**
 - y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago.
 - El **abono del precio**, en estos casos,
 - se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos,
 - **siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación,** siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

- **Comentario (1):** Sobre esta Disposición se pronuncia el ***Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón***

- **Preguntas que se formulan:**

- A la vista de la remisión que la Disposición Adicional Novena de la LCSP realiza al artículo 118, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones ¿**Hay que entender que también en estos casos opera la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP?**

- **Contestación:** Esa remisión «en bloque» a las normas establecidas en la nueva Ley para los contratos menores hace que **las reglas establecidas en el art. 118, incluidas las establecidas en el apartado 3, resulten de aplicación para la adjudicación de contratos** que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. (pág. 13)

- ¿**Qué duración deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones** a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP?

- **Contestación:** En conexión con lo anterior, lo relativo a la duración de los contratos menores está regulado en el **art. 29.8** –que reproduce sustancialmente lo establecido con anterioridad en el art. 23.3 TRLCSP- disponiendo que «**no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga**». (pág. 13)

- “Al no ser una regla «de procedimiento», es difícil entender que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores **no resultaría de aplicación para la adjudicación de aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional novena LCSP, cuyo objeto es la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.**” (pág. 14)

Disposición final primera. *Títulos competenciales*

- 3. El apartado 3 del artículo 347 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Por su parte, los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.
- (...)
- A los mismos efectos previstos en el párrafo anterior tendrán **la consideración de mínimas** las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1



Bruselas, 27.7.2016
COM(2016) 518 final

Recomendación de

DECISIÓN DEL CONSEJO

**por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la
reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de
déficit excesivo**

{SWD(2016) 263 final}

Recomendación de

DECISIÓN DEL CONSEJO

por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 126, apartado 9,

Vista la recomendación de la Comisión Europea,

Considerando lo siguiente:

- (1) Con arreglo al artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los Estados miembros deben evitar déficits públicos excesivos.
- (2) El Pacto de Estabilidad y Crecimiento tiene por objetivo lograr unas finanzas públicas saneadas como medio de reforzar las condiciones para la estabilidad de precios y para un crecimiento fuerte, sostenible y generador de empleo. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento incluye el Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo¹, que se adoptó con objeto de fomentar la rápida corrección de los déficits públicos excesivos.
- (3) El 27 de abril de 2009, el Consejo, de conformidad con el artículo 104, apartado 6, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE), declaró la existencia de un déficit excesivo en España y emitió una recomendación para que este país lo corrigiese en 2012 a más tardar, de conformidad con el artículo 104, apartado 7, de dicho Tratado. Desde entonces, el Consejo ha emitido tres nuevas recomendaciones para España (el 2 de diciembre de 2009, el 10 de julio de 2012 y el 21 de junio de 2013) sobre la base del artículo 126, apartado 7, del TFUE, que ampliaban el plazo para la corrección del déficit excesivo hasta 2013, 2014 y 2016, respectivamente. En las tres recomendaciones, el Consejo consideraba que España había tomado medidas efectivas, pero que habían surgido factores económicos adversos e inesperados con importantes efectos desfavorables en la hacienda pública².
- (4) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 126, apartado 8, del Tratado, el 12 de julio de 2016 el Consejo decidió que las autoridades españolas no habían tomado medidas efectivas para seguir la Recomendación del Consejo de 21 de junio de 2013.

¹ DO L 209 de 2.8.1997, p. 6.

² Todos los documentos relacionados con el procedimiento de déficit excesivo de España pueden consultarse en:
http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/deficit/countries/spain_en.htm .

- (5) De conformidad con el artículo 10, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1467/97, en el supuesto de que un Estado miembro participante no aplique las medidas o de que, a juicio del Consejo, se compruebe que son inadecuadas, este adoptará de inmediato una decisión conforme a lo establecido en el artículo 126, apartado 9, del Tratado.
- (6) La Comisión ha actualizado sus previsiones de la primavera de 2016 con la información disponible hasta el 19 de julio de 2016. Sobre esa base, las previsiones de crecimiento real del PIB para 2016 se han revisado al alza 0,3 puntos porcentuales en comparación con las previsiones de primavera, hasta el 2,9 %, y a la baja para 2017 (2,3 % frente al 2,5 % de la primavera). Para 2018, se prevé que el PIB real crezca un 2,1 %, frente a un crecimiento del 3,2 % en 2015. Así pues, el crecimiento económico disminuirá pero permanecerá sólido, beneficiándose todavía de las reformas emprendidas en respuesta a la crisis y de la satisfactoria finalización del programa de ayuda financiera. La recuperación sigue yendo acompañada de una fuerte creación de empleo y continúa beneficiándose, en un contexto de moderación salarial continuada, de las reformas del mercado de trabajo. Los bajos precios del petróleo también favorecen el crecimiento. Al mismo tiempo, se espera que la inflación sea del - 0,3 % en 2016. Sin embargo, existen riesgos de revisión a la baja de las previsiones de crecimiento, especialmente a partir de 2017, relacionados, entre otros puntos, con el resultado del referéndum en el Reino Unido sobre la pertenencia a la Unión Europea, que ha aumentado la incertidumbre, con posibles implicaciones negativas para el comercio y la demanda interna.
- (7) Según las previsiones de la primavera de 2016 actualizadas de la Comisión, se espera que el déficit de las administraciones públicas disminuya al 4,6 % del PIB en 2016, al 3,3 % del PIB en 2017 y al 2,7 % del PIB en 2018 (frente a los objetivos del programa de estabilidad del 3,6 %, el 2,9 % y el 2,2 % del PIB en 2016, 2017 y 2018, respectivamente, y una previsión de déficit del 3,9 % del PIB en 2016 y del 3,1 % del PIB en 2017 en las previsiones de primavera). La previsión de déficit más elevada se explica, en parte, por el hecho de que las previsiones actualizadas de la Comisión tienen en cuenta una cantidad menor de medidas de contención del gasto, tanto a nivel central como de las Comunidades Autónomas en respuesta a la recomendación de la Comisión de marzo de 2016 (0,2 % del PIB), frente a las previsiones del programa de estabilidad (0,4 % del PIB), debido a que algunas de esas medidas aún no se han especificado suficientemente para ser incluidas en las previsiones de la Comisión, sobre la base de la hipótesis habitual de mantenimiento de la política. Sin embargo, la mayor parte de las diferencias se deriva de los cambios introducidos en el marco jurídico del impuesto de sociedades, que conducirían a unos menores pagos anticipados por las empresas («pagos fraccionados») en 2016. Los menores pagos fraccionados no se cuantificaron en el programa de estabilidad y solo se observaron en abril, en el momento de abonarse el primer tramo, tras la fecha límite de las previsiones de primavera. Las previsiones de la primavera de 2016 actualizadas de la Comisión estiman ese déficit en un 0,5 % del PIB en 2016. Dado que los cambios mencionados provocan una demora permanente en el pago de los impuestos, pero no un cambio del tipo impositivo o de la base imponible, no afectarán a los ingresos procedentes de los impuestos sobre la renta de las sociedades en un nuevo estado estable (a partir de 2017). Se traducen en una pérdida temporal de ingresos fiscales en 2016, que ha sido tratada como un acontecimiento excepcional en las previsiones de primavera actualizadas. Para 2017, las diferencias entre las previsiones de primavera actualizadas y el programa de estabilidad se derivan de la peor situación de partida y del hecho de que las medidas de ahorro adoptadas en respuesta a la Recomendación de la Comisión de marzo de 2016 todavía no se han especificado suficientemente para ser

tenidas en cuenta sobre la base de la hipótesis habitual de mantenimiento de la política. Se espera que el déficit estructural aumente un 0,4 % y un 0,1 % del PIB en 2016 y 2017, respectivamente, y que no varíe en 2018. Sin embargo, en 2016, el incremento previsto del déficit estructural está impulsado en parte por el hecho de que las actuales perspectivas para la inflación y el crecimiento del PIB nominal son más bajas que el escenario en que se basaba el presupuesto de 2016, lo que ha afectado negativamente a los ingresos públicos estructurales sin posibilidad de ajustar el gasto.

- (8) La ratio deuda pública bruta/PIB pasó del 36 % en 2007 a alrededor del 99 % en 2014. En 2015 la ratio de deuda se mantuvo más o menos estable, dado que las ventas netas de activos financieros contrarrestaron el impacto negativo provocado por el aumento del déficit a un ritmo más rápido que el crecimiento del PIB nominal. Según las previsiones de la primavera de 2016 actualizadas de la Comisión, se espera que el ratio de deuda alcance un máximo del 100,6 % del PIB en 2017, mientras que, según las previsiones de primavera, se esperaba que la deuda alcanzase un máximo del 100,3 % del PIB en 2016. Aunque España no parece enfrentarse a riesgos inmediatos de tensiones presupuestarias derivadas de esta elevada ratio de deuda, los riesgos de sostenibilidad de la deuda aumentarán significativamente a medio plazo si no mejora la situación presupuestaria. A más largo plazo, los riesgos para la sostenibilidad de las finanzas públicas se reducirán gracias al impacto positivo de la disminución de los gastos relacionados con el envejecimiento³.
- (9) De conformidad con el artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 1467/97, en la decisión del Consejo por la que se recomienda la adopción de medidas encaminadas a la reducción del déficit excesivo de conformidad con el artículo 126, apartado 9, del Tratado, el Consejo instará al Estado miembro a alcanzar objetivos presupuestarios anuales que, sobre la base de las previsiones subyacentes a la recomendación, permitan una mejora anual mínima equivalente al 0,5 % del PIB, como valor de referencia, del saldo presupuestario ajustado en función del ciclo, tras deducir las medidas puntuales y otras medidas de carácter temporal. Sin embargo, el hecho de que la presente Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia se adopte en el segundo semestre del año amplifica el esfuerzo presupuestario necesario para alcanzar una mejora anual determinada del saldo estructural. Por otra parte, es importante tener en cuenta que la hipótesis de partida para la nueva senda de ajuste se inicia con un deterioro del 0,4 % del PIB del déficit estructural, que, al menos en parte, es el resultado de una inflación que ha resultado inferior a lo previsto en el escenario en que se basa el presupuesto de 2016 – una situación que se encuentra en gran medida fuera del control del Gobierno. Por todo ello, parece conveniente no solicitar medidas estructurales adicionales en 2016.
- (10) Considerando que no procede solicitar nuevas medidas estructurales en 2016, conceder a España un año adicional para la corrección de su déficit excesivo, lo que se ajusta a la norma en virtud del Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo, requeriría una mejora anual del saldo estructural en 2017, lo cual tendría un impacto demasiado negativo en el crecimiento. Por lo tanto, parece adecuado ampliar a dos años el plazo para que España ponga fin a la situación de déficit excesivo.
- (11) Por lo tanto, una senda de ajuste creíble y sostenible exigiría a España alcanzar un déficit de las administraciones públicas del 4,6 %, del 3,1 % y del 2,2 % del PIB en

³ «Fiscal Sustainability Report 2015», European Economy, Institutional Paper n.º 018, Comisión Europea (2016).

2016, 2017 y 2018, respectivamente, lo cual es coherente con un deterioro del saldo estructural del 0,4 % del PIB en 2016 y una mejora del 0,5 % del PIB tanto en 2017 como en 2018. Estos objetivos presupuestarios también tienen en cuenta la necesidad de compensar los efectos secundarios del saneamiento presupuestario sobre las finanzas públicas, a través de su impacto en la economía en general.

- (12) Con objeto de alcanzar dichos objetivos, se consideran necesarias medidas estructurales adicionales con un impacto estimado del 0,5 % del PIB tanto en 2017 como en 2018. Los ahorros para 2017 y 2018 podrían incluir, entre otros puntos, la reducción del número y el alcance de los gastos fiscales, en particular los tipos reducidos del IVA, a fin de lograr el ajuste estructural requerido.
- (13) Además, el estricto cumplimiento a todos los niveles de la Administración de los mecanismos preventivos y correctores previstos en la Ley de Estabilidad española podría contribuir a una corrección oportuna y duradera del déficit excesivo. Esto podría conseguirse mediante una mayor automaticidad en su aplicación. Por otra parte, la contribución de la norma de gasto de la Ley de Estabilidad a la sostenibilidad de las finanzas públicas podría reforzarse aclarando mejor la cobertura y la definición de las categorías de gasto necesarias para su cálculo y pidiendo explícitamente a las administraciones públicas incumplidoras que compensen los desvíos de gastos en el año siguiente a aquel en el que se produzcan.
- (14) España también debe prestar la debida atención a los aspectos cualitativos de las finanzas públicas, incluida su política de contratación pública. Ha sido significativo el número de irregularidades con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE puesto en conocimiento de la Comisión durante los últimos años. Los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública. España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros. Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE y, con frecuencia, en adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas. El uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios. La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española.
- (15) Para facilitar el éxito de la estrategia de saneamiento presupuestario, también será importante respaldar dicho saneamiento con extensas reformas estructurales, en la línea de las recomendaciones formuladas por el Consejo a España en el contexto del Semestre Europeo de 2016 y, en particular, las relativas a la corrección de sus desequilibrios macroeconómicos.
- (16) De conformidad con el artículo 126, apartado 9, del Tratado, el Consejo puede, como parte de su decisión de formular una advertencia en virtud de dicho artículo, solicitar al Estado miembro en cuestión que presente informes sobre el esfuerzo de ajuste conforme a un calendario específico. Con arreglo al artículo 5, apartado 1 *bis*, del

Reglamento (CE) n.º 1467/97, el informe del Estado miembro incluirá los objetivos relativos al gasto y a los ingresos públicos y especificará las medidas de política fiscal por el lado tanto del gasto como de los ingresos, así como información sobre las medidas adoptadas en respuesta a las decisiones específicas del Consejo. A fin de facilitar el seguimiento de la fecha límite para el cumplimiento de las recomendaciones incluidas en la presente advertencia, así como el plazo para la corrección del déficit excesivo, se solicita a las autoridades españolas que presenten un informe de ese tipo antes del 15 de octubre de 2016, al mismo tiempo que su proyecto de plan presupuestario para 2017.

- (17) España también debe presentar informes a la Comisión y al Comité Económico y Financiero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento (UE) n.º 473/2013, de acuerdo con las normas establecidas en el Reglamento Delegado (UE) n.º 877/2013 de la Comisión. El informe debe presentarse por primera vez antes del 15 de enero de 2017 y a partir de entonces con una periodicidad trimestral.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

1. España debe poner fin a la situación actual de déficit excesivo a más tardar en 2018.
2. España debe reducir el déficit de las administraciones públicas al 4,6 % del PIB en 2016, al 3,1 % del PIB en 2017 y al 2,2 % del PIB en 2018. Esa mejora del déficit de las administraciones públicas es coherente con el deterioro del saldo estructural del 0,4 % del PIB en 2016 y una mejora del 0,5 % del PIB tanto en 2017 como en 2018, basadas en las previsiones de la primavera de 2016 actualizadas de la Comisión. Las autoridades españolas también deben utilizar todos los ingresos inesperados para acelerar la reducción del déficit y de la deuda.
3. Además de los ahorros ya incluidos en las previsiones de la primavera de 2016 actualizadas de la Comisión, España adoptará y aplicará completamente medidas de saneamiento por un importe equivalente al 0,5 % del PIB, tanto en 2017 como en 2018.
4. España debe estar preparada para adoptar otras medidas si se materializan los riesgos para los planes presupuestarios. Las medidas de saneamiento presupuestario garantizarán una mejora duradera del saldo estructural general de las administraciones públicas que favorezca el crecimiento.
5. España debe adoptar medidas para reforzar su marco presupuestario, en particular con vistas a incrementar la automaticidad de los mecanismos para prevenir y corregir las desviaciones de los objetivos de déficit, deuda y gasto y reforzar la contribución de la norma de gasto de la Ley de Estabilidad a la sostenibilidad de las finanzas públicas.
6. España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación.

Artículo 2

El Consejo establece el plazo del 15 de octubre de 2016 para que España adopte medidas efectivas y, de conformidad con el artículo 5, apartado 1 *bis*, del Reglamento (CE) n.º 1467/97, presente un informe al Consejo y a la Comisión sobre las medidas adoptadas en respuesta a la advertencia del Consejo. El informe deberá incluir los objetivos relativos al gasto y a los ingresos públicos y especificar las medidas discrecionales por el lado tanto del gasto como de los ingresos, así como información sobre las medidas adoptadas en respuesta a las recomendaciones específicas del Consejo para reforzar su marco presupuestario y su política de contratación pública, de conformidad con el artículo 1, apartados 5 y 6.

Artículo 3

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España.

Hecho en Bruselas, el

*Por el Consejo
El Presidente*



Expediente: 5/2018. Materia: Limitación de los contratos menores: cómputo del plazo.

Clasificación del informe: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores.

La Diputación de Almería ha remitido consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los siguientes términos:

“En virtud de la presente, desde la Diputación de Almería se le manifiesta lo siguiente:

Visto el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que «Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000€ cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros cuando se trate de contratos de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.»

Visto el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor el 9 de marzo de 2018, por el que se establece que «Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.»

Teniendo en cuenta lo estipulado en la Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público respecto de los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.



Considerando el artículo 2 del Código Civil, en el que se indica que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa y que las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Se plantea la siguiente pregunta:

Si se celebra un contrato menor antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 con un determinado contratista, una vez entre en vigor dicha ley, los límites para la contratación menor regulados en su artículo 118, ¿operan ex novo, con respecto al mismo contratista, o por el contrario, el importe de los contratos celebrados al amparo de la normativa anterior, debe ser tenido en cuenta a los efectos de los límites cuantitativos establecidos en la nueva normativa?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Diputación de Almería consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en relación con el cómputo del plazo de limitación para la utilización de los contratos menores. El artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece a este efecto lo siguiente:

“1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.



En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

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

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.”

El apartado tercero del precepto establece una limitación que ha sido interpretada desde el punto de vista de sus efectos temporales por esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en nuestro informe 41/2017 en el que señalamos que por lo que hace al límite temporal de estas condiciones parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición pueda considerarse indefinida.



Pues bien, tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.

2. Interpretada la restricción que contiene el artículo 118.3 en los términos expuestos, no como una prohibición absoluta sino únicamente relativa a la utilización fraudulenta de la figura del contrato menor, el periodo de un año a que se extiende la limitación temporal aludida también puede y aún debe contarse hacia atrás en el tiempo desde la fecha en que se celebre el primer contrato menor conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

No se trata con ello de otorgar efectos retroactivos a la disposición legal nueva, porque tal circunstancia acaecería si se obligase a que la norma produjese efectos limitativos sobre el contrato menor ejecutado durante la vigencia de la ley anterior, cosa por demás imposible en la medida en que previsiblemente tal contrato menor ya estaría ejecutado y finalizado. De lo que realmente se trata es de garantizar el efecto de la norma sobre el contrato sujeto a la nueva regulación, para lo cual, sin afectar en modo alguno al contrato precedente, éste es tenido en consideración a los



efectos de valorar si con el contrato nuevo se puede haber vulnerado la prohibición que contempla el artículo 118 de la nueva ley.

Por lo tanto, no se puede decir que la nueva ley se aplique a un contrato menor regido por la ley precedente sino que dicho contrato se emplea como antecedente necesario para verificar si en el nuevo contrato se cumplen las condiciones impuestas por la nueva ley.

3. Teniendo en cuenta, en congruencia con lo expuesto en el expositivo anterior, que para los contratos menores que se celebren una vez producida la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es menester incluir un análisis específico en el que se justifique que no concurren las circunstancias prohibidas en el precepto legal y que el órgano de contratación deberá comprobar el cumplimiento de esta condición, cabe suponer que la limitación descrita debe valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley de 2017. Otra solución supondría el incumplimiento de la finalidad del precepto y una merma de la seguridad jurídica que ha tratado de garantizar el legislador.

CONCLUSIÓN

La aplicación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público supone que la limitación en él descrita, que debe interpretarse conforme a lo establecido en nuestro informe 41/2017, de 1 de marzo, debe asimismo valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley de 2017, sin que esto suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores.



Expediente 41/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.

Clasificación del informe: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Baeza dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“La nueva ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en su artículo 118.3 sobre los contratos menores indica literalmente que “En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará e! cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168. a) 2º”

Se solicita a la Junta Consultiva la emisión de un dictamen sobre cómo debe interpretarse la expresión siguiente: “En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar fa aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”. Sin perjuicio de que la Junta informe lo que estime pertinente, de le solicita que aclare expresamente si:



-Esta expresión opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, se entiende que por ejercicio presupuestario –la ley no lo indica-, con independencia de que se trate de objetos radicalmente independientes.

- Si por el contrario, y dada la sistemática de dicha expresión, debe entenderse que es a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor del que se trate, de tal manera que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con el Ayuntamiento diversos contratos menores, siempre que aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa se trate de contratos con objetos distintos nítidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El objeto de la presente consulta consiste en determinar el sentido que ha de darse a la nueva regla que, en relación con los contratos menores, se contiene en el artículo 118.3 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. El meritado precepto, novedoso en relación con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece lo siguiente:

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



De la redacción transcrita se deduce que en el expediente de contratación propio de los contratos menores habrá que justificar la concurrencia de dos circunstancias:

- Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

2. Es precisamente en este último punto donde surge la duda a la entidad consultante. La interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Tal conclusión representa un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del propio principio de concurrencia, produciendo un resultado completamente irregular. En este sentido, si bien es cierto que en el marco de la contratación directa singularizada que representa el contrato menor la concurrencia no es un principio exigible en la selección del contratista, en el conjunto de contratos menores que se pueden adjudicar en un determinado ente público a lo largo del tiempo la limitación que aneja la



interpretación literal del precepto resulta desproporcionada, al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado uno anteriormente y superen el umbral legal.

Por esta razón es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, tal como hemos expuesto, de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico.

Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o



- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

También cabe, mediante esta interpretación, limitar la posibilidad de fraude cuando cualitativamente las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto. Esta circunstancia puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas.

3. Es evidente, a juicio de este órgano consultivo, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.



Por esta razón, la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

4. Por lo que hace al límite temporal de estas condiciones, cuestión no consultada expresamente pero que se deriva necesariamente del conjunto del precepto, parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles, tal como venimos sosteniendo en este dictamen, valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición, y la necesidad de justificación en el expediente que anuda, pueda considerarse indefinida.

Pues bien, tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.



Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.
- Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
- La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.



- Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación provincial de Zaragoza se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 15 de enero de 2017 del siguiente tenor literal:

ANTECEDENTES

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) en el apartado segundo de su Preámbulo declara que:

«Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación calidad precio (...).

También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación»,

El artículo 118 de la LCSP responde al cumplimiento de dichos objetivos con una novedosa regulación de los contratos menores, en los siguientes términos:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

I. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran.

Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.

Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4».

El artículo 63, 4 de la LCSP dispone:

«La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores».

De otra parte, la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se recoge en la Disposición Adicional Novena de la LCSP que establece lo siguiente:

«l. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las

condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

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

Las novedades de la nueva regulación, respecto de la contenida en el TRLCSP, son: a) Se disminuyen los umbrales que permiten acudir al contrato menor; b) Se requiere un informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato; e) Se exige acreditar que no se está alterando el objeto del contrato con la finalidad de evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; d) Se debe justificar que el contratista no ha suscrito más contratos individuales que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios; y e) Los contratos menores se deben publicar.

Es evidente, que la novedad del número 3 del artículo 118 de la LCSP, incluida en el texto de la norma en la tramitación parlamentaria, tiene por finalidad incrementar la competencia en la contratación e impedir que los órganos de contratación adjudiquen este tipo de contratos al mismo empresario.

Ahora bien, son muchos los órganos de contratación, entre ellos los de la Diputación Provincial de Zaragoza, que disponen de un procedimiento especial de licitación electrónica para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad a través de su plataforma de contratación y libre competencia.

De manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas. Esto es, no se adjudica de forma directa el contrato menor sino a quien ofrece la oferta económicamente más ventajosa. De manera que en estos supuestos existe competencia, no se restringe la competencia, y ningún empresario tiene garantizado el contrato por su mera participación.

Así, se recoge en el Decreto 1045/2017, de 23 de mayo de 2017, de la Presidencia de la Diputación Provincial de Zaragoza.

De una interpretación sistemática y conforme a los principios y fines de la LCSP según su Preámbulo -de transparencia, competencia, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad y no discriminación; pero también de eficacia y de dar satisfacción a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes-,

parece que debiera entenderse que la limitación del artículo 118, 3 de la LCSP opera únicamente respecto de aquellos contratos menores que únicamente cuentan con el informe del órgano de contratación, aprobación del gasto y la factura correspondiente. Es decir, aquellos que se adjudican directamente sin publicidad previa, ni posibilidad de concurrencia.

Y es que, aplicar esta limitación a los casos en los que se tramiten los contratos menores con licitación no tiene ninguna justificación; e incluso cabría entender que es una limitación a la aplicación del principio clave de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (ahora, en la nueva terminología legal, a la mejor oferta). Lo que, además, tendría consecuencias, no deseadas por el legislador (que está pensando en el procedimiento que él diseña para los menores, es decir, sin licitación), ni deseables, tanto para las arcas públicas, como también para las empresas que hacen las mejores ofertas; lo que iría también contra las leyes del mercado.

Finalmente, y atendiendo a las competencias que en materia asistencial corresponde a la Diputación Provincial en relación con los municipios, hay que considerar los supuestos, nada infrecuentes en los pequeños municipios de la provincia de Zaragoza, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal -aquellos supuestos de existencia de un único prestador de servicios o de único suministrador, por ejemplo único taller mecánico-.

A la vista de todo cuanto se ha expuesto, se desea conocer el criterio de esa Junta Consultiva, en relación con las cuestiones que se relacionan, sobre las que se solicita

INFORME

PRIMERO.- La limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista ¿Debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo es a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante el año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato?.

SEGUNDO.- A la vista de la remisión que la Disposición Adicional Novena de la LCSP realiza al artículo 118, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones ¿Hay que entender que también en estos casos opera la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118, 3 de la LCSP?

TERCERO.- ¿Cuál es el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario?. ¿Qué duración deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP?.

CUARTO.- En aquellos supuestos en que los órganos de contratación disponen de un procedimiento especial para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad y libre concurrencia; de manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas ¿Es de aplicación la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118. 3 de la LCSP por razón del contratista?.

QUINTO.- ¿Cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal?.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 13 de febrero de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.2 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartados 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

De la solicitud de informe pueden deducirse determinadas cuestiones de alcance general relacionadas con el funcionamiento de la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores que establece el art. 118.3 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 (en adelante, LCSP).

El Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. El procedimiento de adjudicación de contrato menor en la nueva LCSP

El art. 118 LCSP recoge, en un sentido similar a como se hacía en el art. 111 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), una serie de reglas para la tramitación de los expedientes de contratación de los contratos menores. Dicho precepto dispone ahora que:

«Artículo 118 Expediente de contratación en contratos menores

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

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

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4».

Tal y como puede apreciarse, la nueva regulación del contrato menor en la LCSP incluye algunas novedades. En primer lugar, incorpora la propia definición cuantitativa de los límites del contrato menor, que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, precepto dedicado a los «procedimientos de adjudicación», en el entendido de que la verdadera naturaleza jurídica del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación. Esa definición de los límites cuantitativos del contrato menor se caracteriza por un descenso de los mismos tanto en relación con los contratos de obras (el límite de 40.000 euros sustituye al de 50.000 euros recogido en el TRLCSP) como con los de servicios y suministros (el nuevo límite es de 15.000 euros frente a los 18.000 de la regulación anterior). Puede señalarse que en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 02/12/2016), las cuantías que se proponían eran las mismas que las de la legislación anterior. Las cuantías actuales son las resultantes de una transacción durante la tramitación parlamentaria, resultando –como ya se ha dicho- inferiores a las que figuraban en el proyecto de Ley, pero sensiblemente superiores a las que aparecían en la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados.

Por otra parte, la utilización ahora del concepto de «valor estimado» para referir esos límites cuantitativos es mucho más clara que la referencia al «importe» incluida en el TRLCSP, y que obligó en su momento a una aclaración del alcance de dicho concepto.

Respecto de la tramitación de los expedientes, se mantiene la necesidad de aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura, sin perjuicio del presupuesto y el proyecto, cuando resulte necesario, en los contratos de obras. Se incorporan como novedad el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, así como la publicidad de la adjudicación de dichos contratos en el perfil de contratante, que podrá

realizarse de forma agrupada con carácter trimestral, conforme indica el art. 63.4 LCSP.

La principal novedad, sin embargo, es la introducción, en el apartado 3, de una regla de incompatibilidad para adjudicar sucesivos contratos menores a un contratista que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos, como antes hemos señalado. La adición de un apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley de contratos del sector público presentado por el Gobierno trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. La enmienda en cuestión (núm. 583) proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

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

No obstante, fruto de las necesarias transacciones en el seno de la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, encargada de la tramitación del proyecto de Ley, la redacción definitiva de ese apartado no es exactamente coincidente con la de la enmienda presentada.

La regla que introduce en su apartado 3 el art. 118 es toda una novedad en la legislación básica de contratación pública, si bien no es una prescripción original por cuanto existen antecedentes en algunas normas autonómicas que seguramente sirvieron de inspiración para la formulación de la citada enmienda. Así, en el Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón que se tramitaba durante la VII Legislatura, en paralelo al que se convertiría en nuestra Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público (aunque a diferencia de éste, no llegase a ser aprobado al caducar por expirar la legislatura), como artículo 76.2 se establecía que «No podrá utilizarse el contrato menor para la adjudicación de prestaciones del mismo tipo a un

operador económico que, en los dos últimos años, haya resultado adjudicatario de contratos menores de la misma entidad contratante por un importe acumulado de 90.000 euros, para contratos de suministros y servicios, y de 200.000 euros en el supuesto de contratos de obras». Posteriormente, una regla de incompatibilidad similar se incluiría en la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (mediante la introducción de un apartado 6 en el artículo 73 con ocasión de la reforma operada por Ley Foral 14/2014, 18 junio), para disponer que «ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

La falta de claridad del apartado 3 del art. 118 LCSP, tal como ponen de manifiesto las cuestiones que se plantean en la consulta obligan a que por vía interpretativa deba determinarse el exacto alcance de sus prescripciones, en aras a una mayor seguridad jurídica que la que resulta del tenor literal del texto legal.

Si bien la dogmática jurídica moderna se basa en gran medida en la autonomía de la «voluntas legis» respecto a la «voluntas legislatoris», en función de elementos como la interpretación sistemática o «contexto» o «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como se establece en el art. 3.1 del Código Civil, en este caso la proximidad de la aprobación obliga a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador, el «espíritu y finalidad» que se ha pretendido dar a la norma, tal como se desprenden de los trabajos parlamentarios, dado el protagonismo inhabitual que la tramitación parlamentaria ha tenido en la configuración de la nueva Ley.

Por otra parte, esa importancia que ha tenido en la configuración de la LCSP la tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionales para aplicar interpretaciones sistemáticas o para confiar excesivamente en la exposición de

motivos, que están más cercanas a las líneas y previsiones a que respondía el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno.

III.- Ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Una primera cuestión que conviene aclarar respecto del ámbito de aplicación de la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores prevista en el art. 118.3 LCSP es la que se refiere a su ámbito objetivo. Esto es, a qué contratos afecta, que es lo que, en esencia, pregunta el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza en su solicitud de informe, cuando pide que esta Junta se pronuncie sobre si la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo sea respecto a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante cada año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato.

La solicitud de aclaración resulta absolutamente procedente ya que la literalidad del precepto no arroja suficiente claridad para determinar el ámbito de aplicación objetivo de esta regla de incompatibilidad. El precepto dispone que *«En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo...»*, sin que pueda deducirse nítidamente a qué contratos menores se refiere.

Esta Junta considera que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse.

Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual.

En el mismo sentido va el indicio que cabe extraer del primer inciso del precepto estudiado, en el que se alude a la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que en principio el fraccionamiento del objeto operaría entre contratos de la misma tipología. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios –o de suministros– hasta llegar a sumar esa cantidad. De forma simétrica, el importe de un contrato anterior de servicios o de suministros no debería computar como parte de las cuantías con el límite conjunto de los 40.000 euros establecido en el art. 118.1 LCSP para los contratos menores de obras o, finalmente, de la misma manera que el importe de un contrato de servicios anterior tampoco «consumiría» parte o todo el límite de los 15.000 euros a que, como máximo, pueden ascender los contratos menores de suministros, y viceversa.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el art. 63.4, aunque sea para excluirlos del deber de publicación, como mínimo trimestral, a que se somete a los contratos menores, se considera de forma expresa que entran en la categoría de menores aquellos «contratos cuyo valor estimado fuera inferior a

cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores». Por consiguiente parece claro que a efectos del cómputo del límite cuantitativo anual de los contratos menores deberán computarse aquellos en que el sistema de pago haya sido el de anticipo de caja fija u otro similar.

IV.- Efecto de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP sobre la contratación del acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones

En íntima relación con la cuestión del ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza solicita el parecer de esta Junta Consultiva sobre el sentido que deba darse a la remisión que en la Disposición Adicional Novena de la LCSP se realiza al reiteradamente citado artículo 118 para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, preguntando si debe entenderse que también en estos casos opera la limitación cuantitativa introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP.

La Disposición Adicional Novena de la LCSP establece las mismas «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones» que ya se establecía en la disposición con igual numeración del TRLCSP. La única diferencia que se aprecia entre ambas disposiciones adicionales es la aplicación de esas normas en la nueva regulación también a otras contrataciones: si en el TRLCSP esas «normas especiales» se aplicaban a «la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas», en la nueva LCSP se consideran también aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

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

Además de lo anterior, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de los contenidos de esas publicaciones y bases de datos y, como consecuencia, la imposibilidad de adjudicar esos contratos a operadores económicos distintos de los propietarios de esos derechos. En tales casos podría recurrirse a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto previsto en el art. 168.a).2.º LCSP, existiendo una exclusión expresa de la aplicación del límite de contratos en el inciso final del art. 118.3.

En conexión con lo anterior, lo relativo a la duración de los contratos menores está regulado en el art. 29.8 –que reproduce sustancialmente lo establecido con anterioridad en el art. 23.3 TRLCSP- disponiendo que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

No es ésta una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, como se deduce de su ubicación sistemática, en un precepto diferenciado del que establece las reglas de adjudicación. Además está incluido en el Libro I de la Ley, en el Título I dedicado a disposiciones generales, y concretamente en el capítulo I sobre «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», y no en el Libro segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, Subsección 1ª, relativa al «Expediente de contratación», como sucede con el art. 118.

Al no ser una regla «de procedimiento», es difícil entender que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional novena LCSP, cuyo objeto es la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

V.- Ámbito subjetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

En el art. 118.3 no se establece expresamente cuál sea su ámbito subjetivo, lo que hace surgir la cuestión de si la regla de incompatibilidad se aplica a las entidades contratantes o bien debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación que imputan su actuación a una determinada entidad.

Esta Junta se inclina por considerar que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de los órganos de contratación, porque el propio precepto se refiere expresamente a que serán los órganos de contratación los que «comprobarán el cumplimiento» de la regla de incompatibilidad. Por tanto, la adjudicación de contratos menores por parte de un órgano de contratación no

impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad.

En este punto debe recordarse lo previsto para los casos de delegación de competencias en el art. 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante». En consecuencia, mediante la delegación de competencias no podrá desactivarse la regla de incompatibilidad, pues el importe conjunto de los contratos menores adjudicados con anterioridad que habrá de comprobarse a efectos verificar el cumplimiento de la incompatibilidad será el correspondiente a los contratos que deban considerarse adjudicados por el órgano delegante en virtud del artículo citado.

VI.- Ámbito temporal de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Otra cuestión de gran trascendencia es la referida el período de cómputo a efectos de la incompatibilidad para resultar adjudicatario de nuevos contratos menores que establece el art. 118.3. A dicha cuestión se refiere la consulta cuando solicita aclaración sobre el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario, además de sobre la duración que deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP.

También en este aspecto la regla incluida en el art. 118.3 LCSP dista de ser clara, exigiendo nuevamente una considerable labor interpretativa. El tenor literal del precepto no permite por sí mismo resolver la cuestión, ya que en su redacción definitiva no contiene referencia temporal alguna, lo que en sus términos literales llevaría a consecuencias absurdas. La regla de incompatibilidad contenida en el art. 118.3 tiene como una de sus finalidades

principales evitar el fraccionamiento del contrato, para lo cual no es necesaria una duración indefinida, que resultaría disfuncional y desproporcionada. Además, una duración ilimitada de este supuesto de incompatibilidad resultaría incongruente con otras previsiones contenidas en la Ley, tanto sobre la propia duración máxima del contrato menor como sobre el cálculo del valor estimado de determinados contratos.

Otros criterio para determinar la duración de la incompatibilidad podría conectar ésta con la duración máxima de los contratos menores, prevista en el art. 29.8, en el que se establece que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga». Aunque tal previsión no es una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, podría tomarse como un indicio de la probable intención del legislador para el cómputo del umbral cuantitativo de la regla de incompatibilidad. A un período idéntico, aunque expresado en meses, conduciría la referencia que recoge el art. 101.10, a) de la LCSP, en el que se establece que a efectos del cálculo del valor estimado de los contratos de suministro o de servicios que tengan un «carácter de periodicidad» o que deben renovarse en un período de tiempo determinado se tomará como base el «valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos». No obstante, este criterio solo está previsto para los contratos de servicios y suministros, no para los de obras, que tengan un carácter periódico, cuando el contrato menor no puede utilizarse para atender necesidades periódicas, por lo que, el criterio señalado no resulta concluyente.

A juicio de esta Junta, en cuanto al periodo sobre el que debe aplicarse, el criterio de la anualidad presupuestaria conecta directamente tanto con la necesaria planificación contractual, que debe servir para determinar a priori si la contratación menor va servir para cubrir adecuadamente las necesidades previsibles, como con los controles financieros que realiza la Intervención. Por otra parte, los trabajos parlamentarios y los antecedentes legislativos apuntan en esa misma dirección.

En este sentido, como ya hemos indicado, la adición de un apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. En la enmienda en cuestión –la núm. 583, de adición- se proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

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

En lo relativo al carácter temporal de la incompatibilidad, la enmienda resultaba más clara que la redacción del precepto que finalmente se ha incorporado a la LCSP, al incluir una referencia expresa a la «anualidad» que de haberse mantenido habría servido para aclarar definitivamente la cuestión. En todo caso, de entenderse que la regla de incompatibilidad se aplica sobre una base anual no supondría sino una aplicación de la regla de anualidad, que es un principio básico del Derecho presupuestario (art. 27.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) cuya aplicación aclararía de forma satisfactoria el ámbito temporal durante el que se prolonga la incompatibilidad establecida en el art. 118.3 LCSP.

En el mismo sentido, es un concepto muy similar al que se utiliza en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que en su art. 73.6 establece: «Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo *ejercicio presupuestario* de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

A la vista de estos antecedentes, esta Junta interpreta que la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 se aplicará sobre la base del ejercicio o

anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

VII.- El principio de concurrencia y la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Otra de las cuestiones que se plantea en la consulta remitida atiende a los posibles efectos que la introducción de trámites de promueven la concurrencia entre operadores económicos puede tener sobre la incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores a que se refiere el art. 118.3 LCSP.

Como antes ya advertimos, la tramitación de un contrato menor exige necesariamente informe de necesidad, aprobación del gasto e incorporación de la correspondiente factura. No es necesario publicitar la licitación ni promover la concurrencia, aunque nada lo impide, hasta el punto de que muchas administraciones públicas incluyen en las bases de ejecución de sus presupuestos, bien la publicidad de la licitación de contratos menores, o bien la consulta a tres o más empresarios con carácter previo a la adjudicación, en la línea de lo que establece el art. 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

En el art. 118.3 LCSP nada se dice respecto de su aplicación a aquellos contratos menores cuya adjudicación no ha sido directa, sino consecuencia de una licitación con publicidad o con concurrencia. Lo lógico habría sido haberlo previsto, puesto que la finalidad con que se establece la regla de incompatibilidad incluida en el art. 118.3 que va más allá de la «mejora técnica» (como justificaba el grupo parlamentario que introdujo la enmienda de la que trae causa el art. 118.3), situándose en una estrategia para reducir la contratación directa a situaciones extraordinarias. En este sentido, la regla del 118.3 se uniría a esa estrategia de la que forman parte también otras medidas que tienen esa misma finalidad, como la creación del procedimiento abierto simplificado, tal y como manifiesta la propia Exposición de Motivos de la LCSP.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como ya ha sido señalado en este informe, la verdadera naturaleza del contrato menor es la de un «procedimiento de adjudicación», definido por unos límites cuantitativos que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, ubicado sistemáticamente en sede de procedimientos de adjudicación, lo que se mantiene en la LCSP, en la que el art. 118, relativo al «expediente de contratación de los contratos menores» se ubica en el ámbito de la regulación de la «preparación de los contratos de las Administraciones Públicas».

Desde una interpretación teleológica restrictiva, podría quizá defenderse que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 118.3 LCSP únicamente debería operar en supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad ni concurrencia. No obstante, no parece haber sido éste el criterio del legislador.

También en este caso deben tenerse en cuenta los trabajos parlamentarios: la introducción en la LCSP del procedimiento abierto simplificado «sumario» es producto de la Enmienda núm. 125, enmienda de adición presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de la que ha resultado el art. 159.6 LCSP en términos casi idénticos a los propuestos. En la justificación de esta enmienda se alude a que sería «ineludible prever un *procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores* y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad que se han comportado como canales de tramitación ágil de la contratación pública con un valor económico no muy significativo si bien no respetando la publicidad y la concurrencia abiertas». Se añade seguidamente que «la articulación de un procedimiento abierto simplificado y "sumario", para estas franjas de valor de la contratación que se proponen, puede representar un salto de eficiencia en la contratación, *sustituyendo todos los ajustes a los contratos menores que se están realizando desde las administraciones públicas exigiendo en el contrato menor un mínimo de proposiciones presentadas*. Téngase en cuenta que muchos ayuntamientos ya han derivado su contratación menor a portales de licitación electrónica en los que se

garantiza una concurrencia abierta con publicidad y se potencia el proveedor local si bien esta "reconversión" de la contratación directa tiene escaso soporte normativo».

En consecuencia, queda claramente expresada la voluntad del legislador plasmada por la mayoría en el Congreso de los Diputados en la aceptación –si bien parcial- de la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en la que se propugnaba la restricción de las cuantías del valor estimado permitido para los contratos menores (lo que se ha plasmado en una reducción de los umbrales, si bien no tan drástica como la que se propugnaba en la enmienda), y de la Enmienda núm. 125, del mismo Grupo parlamentario, en que se introduce un «procedimiento abierto simplificado sumario», precisamente para vehicular los procedimientos de contratación cuando se hayan excedido los límites del contrato menor. Esa voluntad del legislador, nítidamente expresada, es que cuando se excedan los límites establecidos para el contrato menor –que, como ya se ha señalado, es un procedimiento contractual-, deberá acudir al procedimiento abierto simplificado, habiéndose articulado un procedimiento abierto «sumario» para facilitar esta exigencia, utilizable en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, sin restricción alguna respecto al número de veces en que dichos procedimientos pueden ser utilizados en cada ejercicio presupuestario. El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, con unos plazos mínimos de presentación de ofertas de cinco o diez días hábiles según los casos, con exención expresa a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional y sin requisitos procedimentales adicionales, hasta el punto de que la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación. En la medida en que tales elementos mínimos sean seguidos en la licitación y adjudicación de los contratos, no resultarán

aplicables las restricciones establecidas para el contrato menor, específicamente la limitación de los contratos –o mejor, de su cuantía acumulada- a un determinado empresario.

Es decir, que el dar publicidad al contrato menor garantiza una mayor transparencia, pero no puede servir por sí mismo para alterar un régimen jurídico claramente establecido en la Ley, lo que supondría de facto la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley, con el fin de sortear la limitación establecida en el art. 118.3 LCSP. Para evitar los límites cumulativos que el legislador ha establecido para los contratos menores nada impide utilizar cualquiera de los procedimientos sí establecidos legalmente, tal como el abierto ordinario, el abierto simplificado –en su modalidad más general o en la que en los trabajos parlamentarios se denomina sumaria-, con independencia de que la cuantía del valor estimado en sí misma permitiera su tramitación como contrato menor. En conclusión, 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.

VIII.- La contratación con un empresario determinado y la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

En último lugar, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza plantea en su consulta la cuestión de cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal.

La circunstancia de haber resultado adjudicatario con anterioridad de contratos menores que superen los 40.000 euros en el caso de contratos de obras, o los 15.000 euros en el caso de contratos de servicios o suministros, no parece que

pueda considerarse, *a priori*, como una «razón técnica» de aquéllas a que se refiere el art. 168, a), 2º LCSP para habilitar la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, superando así la incompatibilidad a que se refiere el art. 118.3 LCSP. No obstante, puede haber casos en los que sí que concurra alguna de esas razones técnicas previstas en el art. 168, a), 2º LCSP, correspondiendo en tal caso su justificación al órgano de contratación para habilitar la adjudicación del contrato a un operador económico determinado.

III. CONCLUSIONES.

- I. La regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse.
- II. Las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten, en esencia, en aplicar para la adjudicación de dichos contratos las normas de procedimiento establecidas en la LCSP para los contratos menores, con las salvedades indicadas.
- III. La regla de incompatibilidad prevista en el art. 118.3 LCSP resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación, no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones.
- IV. La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con

cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

- V. La incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia –en sí recomendables con carácter general- para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118.

Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de febrero de 2018.

EL PRESIDENTE

P.S. EL PRESIDENTE SUPLENTE
*(Orden de 17 de agosto de 2015 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

Miguel Ángel Bernal Blay



INFORME 1/2018, DE 11 DE ABRIL, SOBRE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS MENORES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Educación e Investigación ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando emisión de informe sobre la cuestión planteada por la Directora General de Infraestructuras y Servicios de la citada Consejería, que ha sido planteada en los siguientes términos:

Mediante el presente escrito, de conformidad con los preceptos establecidos en los arts. 37 y siguientes del capítulo II del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en concreto según lo establecido en los artículos 38.2 y 48.1 del citado reglamento, se solicita que se eleve consulta para la posterior emisión del correspondiente informe, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con respecto a la siguiente cuestión:

En relación con el art. 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor se producirá el próximo 9 de marzo, la exigencia de que debe justificarse en el expediente, para adjudicar un contrato menor de obras a una empresa, que esa empresa o contratista no ha suscrito más contratos menores de obras, ¿se interpreta en el marco sólo de un expediente de obra, referido a un objeto concreto? En definitiva, se trata de determinar si una empresa que ha sido adjudicataria de un contrato menor por el importe máximo legalmente establecido (inferior a 40.000 euros, sin IVA), si podría ser adjudicataria de otros contratos menores con objeto contractual distinto del contrato menor adjudicado, o, en caso contrario, si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación.

La presente consulta se justifica ante la inminente entrada en vigor de la LCSP 9/2017, el próximo 9 de marzo, y por tener una importante implicación práctica en la gestión administrativa la aplicación del art. 118.3 relativo a la celebración de contratos menores, cuestión que es fundamental aclarar lo antes posible para prever y planificar las actuaciones administrativas de contratación administrativa con la debida antelación.

CONSIDERACIONES



1.- La consulta plantea, respecto a la regulación de los contratos menores en 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 (LCSP), si una empresa que ha sido adjudicataria de un contrato menor por el importe máximo legalmente establecido podría ser adjudicataria de otros contratos menores con objeto contractual distinto del contrato menor adjudicado o, en caso contrario, si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación.

2.- Con carácter previo, conviene precisar la naturaleza de la figura del contrato menor y los cambios introducidos por la LCSP en su regulación.

El Artículo 131 de la LCSP establece que el contrato menor es uno de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, determinando en su apartado 3 que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118, que específicamente regula el expediente de contratación en contratos menores. De igual manera, el artículo 138.3 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), recogía el contrato menor como un procedimiento de adjudicación de las Administraciones públicas y remitía al cumplimiento de las normas que establecía el artículo 111 en su regulación del expediente de contratación en contratos menores.

En todo caso, se trata de un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional cuya consideración viene determinada en función de su cuantía y que ha sido objeto de importantes modificaciones con la entrada en vigor de la nueva LCSP, que ha supuesto la disminución del importe para la consideración de contrato menor, la limitación de su ámbito objetivo, y el incremento de los requisitos que debe reunir el expediente de contratación en estos contratos. La nueva regulación afecta a los contratos menores que se celebren a partir del 9 de marzo de 2018, según lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del código civil.

Son contratos menores los de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con las obras, servicios y suministros centralizados, quedando por tanto reducido su ámbito objetivo únicamente a los contratos de obras, de suministro y de servicios. En cuanto a la tramitación del expediente se exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, además de los requisitos que ya exigía el TRLCSPP relativos a la aprobación del gasto y la incorporación



de la factura correspondiente con los requisitos reglamentariamente previstos, sin que tampoco hayan sufrido cambios las exigencias específicas para el contrato menor de obras.

Una de las novedades más relevantes, y que además está suscitando más dudas, es la recogida en el apartado 3, al establecer que en el expediente habrá de justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen las cifras indicadas en el apartado primero de dicho artículo. La comprobación del cumplimiento de esta regla es responsabilidad del órgano de contratación, quedando excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º: cuando las obras, los suministros o los servicios menores solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, si el contrato tiene por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda de protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Los contratos menores se perfeccionan con su adjudicación, como se desprende a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LCSP, si bien entendida en un sentido no formalista puesto que no se les aplica lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la LCSP y no requieren de formalización ya que su existencia se acredita con los mencionados documentos que recoge el artículo 118 de la Ley. La resolución y notificación se efectuará por medios electrónicos, como prevé la disposición adicional decimoquinta y se publicarán al menos trimestralmente en el perfil de contratante, indicando como mínimo su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por adjudicatario. Asimismo se inscribirán en el Registro de Contratos de la Comunidad de Madrid, se incluirán en la relación anual que se remite a la Cámara de Cuentas para la fiscalización de los contratos celebrados, y se comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público. No obstante, quedan exceptuados de publicidad, inscripción registral, remisión a la Cámara de Cuentas y comunicación al Registro de Contratos del Sector Público los contratos de importe inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Igualmente se mantiene la limitación en el plazo de duración de los contratos menores que también recogía el TRLCSP, en cuanto a que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

3.- Las novedades documentales que introduce el artículo 118 de la LCSP, y que se han de incorporar obligatoriamente en el expediente de contratación de los contratos menores, podrían concretarse en las siguientes justificaciones: motivación de la necesidad del



contrato, no alteración del objeto para evitar las reglas generales de contratación, y no superación de las cuantías legales con el mismo contratista. Las mencionadas justificaciones pueden incluirse en documentos distintos o bien acumularse en dos o en uno solo. Por otra parte, aunque es innegable la necesaria intervención del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, es más discutible que documentos le correspondería suscribir.

El artículo 118.1 exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad, la literal alusión a informe parece presumir que se pueda efectuar por los servicios dependientes del órgano de contratación, puesto que las facultades que normalmente competen al órgano de contratación son de carácter decisorio y no informativo o justificativo, sin perjuicio de que en todo caso sus resoluciones deban ser motivadas.

No obstante, es innegable la necesaria intervención del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, puesto que de la nueva regulación se desprende una adjudicación, aunque no sea en sentido formal, y en el expediente además de motivar la necesidad del contrato, se ha de justificar la no alteración del objeto para evitar las reglas generales de contratación, y la no superación de las cuantías legales con el mismo contratista, debiendo comprobarse su cumplimiento por el órgano de contratación.

Los mencionados trámites pueden cumplimentarse en el expediente mediante la inclusión de diferentes documentos o bien acumularse en dos o en uno solo, considerando que si las nuevas justificaciones exigidas en la tramitación del expediente de del contrato menor se sustentasen en un único documento o resolución debería ir firmado por el órgano de contratación, sin perjuicio de la aplicación de las normas de delegación o desconcentración de competencias que procedan.

4.- La aplicación del párrafo 3 del artículo 118, ha sido objeto de distintas interpretaciones y ha generado alguna duda en cuanto a su aplicación.

Procede abordar en primer lugar la cuestión relativa al ámbito objetivo de la regla establecida en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017.

La justificación de que “el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, sin indicar a qué contratos menores se refiere encierra importantes dudas interpretativas que no resuelve la literalidad del precepto.



Sobre esta cuestión ha habido pronunciamientos tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCAA) en su informe 3/2018, de 13 de febrero, como de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), en sus informes 41/2017 y 42/2017, de 2 de marzo de 2018, con diferentes interpretaciones, lo que constata la falta de claridad que encierra el precepto analizado. La JCCAA considera que la regla de incompatibilidad descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología –obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva, y la JCCPE, adopta un criterio de interpretación teleológica, al considerar que la citada regla sólo opera respecto de contratos menores que pretendan adjudicarse de forma sucesiva si sus prestaciones son cualitativamente iguales o forman una unidad funcional.

No obstante, incluso podrían plantearse otras interpretaciones más restrictivas, consistentes en considerar que la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debería entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de forma que la cifra máxima a que alude el precepto lo sea respecto a todos los contratos menores suscritos con el contratista, cualquiera que sea su tipología. Ahora bien, tal lectura del precepto podría chocar con la mención que en el mismo hace a la “cifra” máxima que está fijada para cada tipo de contrato, de donde bien puede deducirse que la imputación de los límites ha de hacerse en relación con los contratos de obras, servicios o suministros de forma independiente.

Expuesto lo anterior, esta Comisión Permanente considera que la interpretación jurídica que ha de darse al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad es la de considerar que la limitación cuantitativa descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología –obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.

En igual sentido se ha pronunciado la JCCAA., en el informe citado con anterioridad al manifestar que: *“Esta Junta considera que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse. Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad*



Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual. En el mismo sentido va el indicio que cabe extraer del primer inciso del precepto estudiado, en el que se alude a la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que en principio el fraccionamiento del objeto operaría entre contratos de la misma tipología. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios –o de suministros hasta llegar a sumar esa cantidad. De forma simétrica, el importe de un contrato anterior de servicios o de suministros no debería computar como parte de las cuantías con el límite conjunto de los 40.000 euros establecido en el art. 118.1 LCSP para los contratos menores de obras o, finalmente, de la misma manera que el importe de un contrato de servicios anterior tampoco «consumiría» parte o todo el límite de los 15.000 euros a que, como máximo, pueden ascender los contratos menores de suministros, y viceversa”.

La conclusión se alcanza, en definitiva, al entender que las nuevas justificaciones que exige el precepto se conectan no sólo con la prohibición de fraccionar los contratos, en particular, cuando se adjudican de forma sucesiva, lo que obliga a las entidades contratantes a realizar una adecuada labor de planificación –ex art. 28.4 de la LCSP-, sino también con la finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos y, en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, habida cuenta de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduce la nueva Ley 9/2017, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa (vid. Art. 159.6 de la LCSP, procedimiento abierto simplificado).

En efecto, la interpretación que sostenemos permite, en primer lugar, vincular la aplicación del precepto con la finalidad de evitar el fraccionamiento de los contratos, proscrito por el artículo 99.2 de la LCSP, al señalar que “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponden”.

En este sentido, a nuestro juicio, la primera de las reglas que ha de comprobar el órgano de contratación –justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación- se orienta a evitar el fraccionamiento de los contratos, salvo en el caso de su división en lotes, y esta previsión sería ya suficiente para el cumplimiento de tal objetivo. Téngase en cuenta que la prohibición de fraccionamiento en los contratos ya se recogía en el artículo 86 del TRLCSP, si bien ahora la ley da un paso más y obliga al órgano de contratación a justificar este extremo.



Por ello, al exigir adicionalmente la Ley que el órgano de contratación compruebe también que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el art. 118.1 de la LCSP, bien puede considerarse que encierra una finalidad añadida, manifestada tanto en el preámbulo de la Ley - mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos- como en el artículo 132 de la LCSP, en el que se recogen los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

En particular, el artículo 132.2 de la LCSP dispone que “la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente considera que la interpretación que se acomoda a los criterios sistemáticos y teleológicos que han de tenerse en cuenta (art. 3.1 del Código Civil), es considerar que la regla de incompatibilidad ha de ir referida a cada tipo de contrato, por ser la interpretación más acorde con la promoción de la concurrencia y la restricción de las adjudicaciones directas, además de con el resto de finalidades indicadas en el informe de la JCCA.

5.- Tampoco aclara el citado artículo 118.3 el período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario. No obstante, resulta adecuado considerar que ha de referirse a un año, puesto que el artículo 29.8 de la LCSP (y anteriormente el artículo 23.3 del TRLCSP) establece que el contrato menor no podrá tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, por lo que este período puede servir de referencia para la interpretación de lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 118. En cuanto al cómputo del periodo anual lo más eficaz, así como susceptible de comprobación, es tomar como referencia el ejercicio presupuestario, en apoyo de esta consideración se puede citar lo que dispone el artículo 28.4 de la LCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, dado que prevé que las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales, asimismo tanto la fiscalización externa de las contrataciones como las comunicaciones y publicaciones atienden al ejercicio presupuestario anual.

Por tanto, el periodo temporal a que alude el citado artículo 118.3 ha de ser el de un año, referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente, pues si se optase por referirlo al periodo comprendido entre la fecha de adjudicación de un determinado



contrato menor a un empresario y el siguiente a ese mismo empresario, resultaría sumamente complejo el control de todos los contratos menores suscritos, al no estar referidos a un período común a todos ellos, y no se atendería a la regla general de programación de la actividad de contratación pública por parte de las entidades del sector público.

En igual sentido, el informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón concluye a este respecto que: “La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”.

6.- Sin perjuicio de lo indicado en los apartados anteriores, hay que mencionar que por ser el contrato menor un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional, su utilización debe restringirse para los supuestos en que se precise, de manera puntual y concreta, contratar una obra, suministro o servicio, por un importe que no supere el establecido legalmente, pero no es una figura apropiada para contratar prestaciones que se precisen regularmente o con cierta periodicidad, para lo cual existen otras figuras más apropiadas en la legislación de contratos públicos, destacando en la LCSP el nuevo procedimiento abierto simplificado, con su variedad abreviada cuando los importes no superen determinadas cuantías.

CONCLUSIONES

1.- La regla de incompatibilidad descrita en el artículo 118.3 de la LCSP opera respecto de contratos menores de la misma tipología –obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.

2.- Las limitaciones relativas a las cuantías de los distintos tipos de contratos menores se refieren a cada uno de los órganos de contratación de la Administración contratante, por lo que deberán ser éstos quienes arbitren las medidas destinadas a efectuar la comprobación indicada en el artículo 118.3 de la LCSP.

3.- El período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente.



Comunidad de Madrid

**Junta Consultiva
de Contratación
Administrativa**



TRIBUNAL SUPREMO
SENTENCIA 30 de abril de 2015

Sentencia Nº: 259/2015

RECURSO CASACION Nº: 1125/2014

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos penden interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Inocencio y por José, contra sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, al ostentar el Sr. Inocencio la condición de diputado, en causa seguida a los mismos por delito de prevaricación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando el primero de dichos acusados representado por la Procuradora D^a Lucía Agulla Lanza y el segundo representado por la Procuradora Concepción Hoyos Moliner.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 11 de febrero de 2013 se presentó ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala Civil y Penal, denuncia del Ministerio Fiscal contra D. Inocencio y D. José, por un presunto delito de prevaricación. A la vista de condición de Diputado del denunciado Sr. Inocencio se solicitó de la Presidencia de la Junta General del Principado de Asturias la expedición de la oportuna certificación de su condición. La Sala, por Auto de 26 de febrero de 2013, acordó admitir a trámite la denuncia, y con fecha 6 de Mayo de 2014, se dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO-. "El acusado, Don Inocencio que en la actualidad tiene la condición de diputado en la Junta General del Principado de Asturias, cuando en el año 2010 ostentaba el cargo de Viceconsejero de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias, al amparo del desarrollo que quería darle a la ley 52/ 2007 de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían los derechos de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil española y la dictadura, de manera legítima y para dar cumplimiento al programa de acción política que representaba, decidió que a la vista de las numerosas fosas comunes existentes en el Principado de Asturias para conmemorar la memoria de las personas enterradas en ellas convenía colocar hitos que las recordasen y que sirviesen para señalar el

lugar en el que se encontraban. Para ello en fechas no determinadas, entre los meses de enero y septiembre del año 2010, convocó en la sede de la Consejería a Don Rubén en su calidad de administrador de la sociedad New Construction S.L. ya que esta empresa desarrollaba dentro de su actividad comercial la elaboración de hitos mediante el tallado y grabado de piedras extraídas de su cantera. En la referida reunión el citado Sr. Rubén fue preguntado acerca de la posibilidad de llevar a cabo la entrega y posterior instalación de los hitos conmemorativos y a la vez se le encargó que presentase su presupuesto para una adjudicación de un contrato menor de obras y también se le solicitó que aportase presupuestos de otras dos empresas capacitadas para cumplir el encargo. Esta solicitud se hizo para dar cobertura legal a la exigencia interna de presentar tres presupuestos el suyo propio y el de otras dos empresas y así proceder a la posterior adjudicación por el procedimiento de contratación menor de obra, sin que conste en las actuaciones ni en el expediente administrativo ni en los archivos de la Consejería ningún tipo de pliego o indicación de en qué consistía el encargo solicitado, ni se concretase en qué lugar habrían de ser colocados posteriormente los hitos conmemorativos. El 27 de octubre de 2010 el referido Sr. Rubén entregó personalmente en la sede de la Consejería tres sobres con los respectivos presupuestos, el suyo y el de las empresas Contratas Aurelio Quirós S.A y Nemesio Bedia Construcciones S.L. Los presupuestos ofertados fueron de 49.856,00 euros el de New Construction SL; 49.989,97 euros el de Contratas Aurelio Quirós S,A.; y 58.000,00 euros el de Nemesio Bedia Construcciones S.L., a estas cantidades habría que añadir el correspondiente impuesto sobre el valor añadido que en esas fechas era del 18%. No se ha podido acreditar quién recibió dichos presupuestos ya que no consta acuse de recibo alguno. Una vez que los presupuestos se encontraron en la sede de la Consejería de Bienestar Social sin que haya podido acreditarse de que forma, aparecieron en la mesa del funcionario Don Luis Pablo, al tiempo que previamente y de manera verbal e informal el Secretario General Técnico de la Consejería, el acusado Don José había informado a la Jefa de Asuntos Generales de la voluntad del Viceconsejero de llevar a efecto la colocación de hitos para conmemorar lugares en los que se habían localizado fosas comunes. Ante lo anómalo de la tramitación, al no constar junto con los presupuestos, la correspondiente propuesta de contratación por el órgano gestor, el Sr. Luis Pablo sabiendo que los presupuestos provenían directamente de la Viceconsejería se los entregó a su jefa directa Doña Tomasa. La contratación se inició, por tanto, sin respetar las formalidades exigidas por la Instrucción 1/2009 de 28 Abril de la Ilma. Sra. Consejera de Bienestar Social y Vivienda sobre tramitación de expedientes de contratación menor en el ámbito de la Viceconsejería de Bienestar Social y Secretaría General Técnica que fijaba en su artículo 3º que todo procedimiento de contratación "se iniciará por medio de informe propuesta de contratación firmado por el titular del servicio, centro o unidad administrativa con competencias para efectuar propuestas de contratación de acuerdo con las instrucciones internas de cada Dirección General", lo que en este caso habría implicado que existiese informe propuesta de Doña María Purificación pues ella era la Jefa primero y coordinadora después del área de planificación y sistema de información de servicios sociales, dependiendo directamente del Viceconsejero. Dicha área, en virtud del artículo 8 del Decreto 124/2008 de 27 de noviembre por el que se aprobó la estructura orgánica de la referida Consejería era el órgano administrativo al que se le atribuía la competencia para la ejecución de la normativa en materia de

memoria histórica. Consecuencia de esta irregular forma de inicio del expediente, vinculada directamente al propio Viceconsejero, no existió ningún tipo de informe propuesta al respecto incumplándose así lo dispuesto en el artículo 3º de la referida Instrucción por el que se exigían, entre otras cosas que a la propuesta se adjuntaran "...las prescripciones técnicas que han de regir la contratación o el presupuesto en el caso de los contratos de obras; documento de gestión contable RC debidamente contabilizado por el que se incorpore al sistema informático contable la reserva de crédito para financiar el contrato; solicitud de licencia de obras en los expedientes en que ésta sea preceptiva; solicitud de oferta realizada por fax o por correo electrónico a al menos tres empresas con capacidad de obrar y solvencia para la ejecución de la prestación contratada, así como las ofertas que se reciban". No se cumplió ninguno de estos requisitos pese a que el Viceconsejero pretendía tramitar la contratación como un contrato menor de obras. Recibidos los presupuestos por Doña Tomasa y una vez que ésta hubo estudiado los mismos, a la vista del tipo de prestación deseada informó al Secretario General Técnico, Don José, que el tipo contractual debería ser el de contrato de suministro a tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad, accediendo éste a lo expuesto, por lo que al día siguiente la Sra. Tomasa comenzaría a realizar su tramitación. Sin embargo, al día siguiente cuando ya la Jefa del Servicio de Asuntos Generales, Sra. Tomasa, ya había comenzado la tramitación y se encontraba preparando los pliegos generales modelo para la contratación por el procedimiento negociado, acudió a su despacho el Viceconsejero, Sr. Inocencio que le manifestó que resultaba imposible tramitarlo por el procedimiento negociado porque se retrasaría y necesitaba hacerlo con carácter urgente. La Sra. Tomasa manifestó al Viceconsejero que no podía hacerse como contrato menor de obras porque era un suministro y que el contrato menor de suministro tenía un límite máximo de 18.000 euros. Ante la negativa del Viceconsejero, Doña Tomasa le reiteró la advertencia de que la ley no permitía esa clase de contratación, insistiendo el Viceconsejero en que se tenía que hacer así, ya que con un negociado no había tiempo. A la vista de estas diferencias la Sra. Tomasa acudió al despacho del Secretario General Técnico y éste le dijo que tenía que hacerse como quería el Viceconsejero y que con un negociado no daba tiempo, indicándole a su vez que hiciese tres contratos menores de suministro por áreas de servicios sociales, ante ello la Sra. Tomasa puso de manifiesto su total oposición y renunció a la tramitación, llamando al funcionario subalterno de su servicio y encargado de la contratación menor, Don Luis Pablo, al que hizo entrega de los presupuestos. A éste funcionario el Sr. José le indicó que hiciese tres contratos menores de suministro por áreas de servicios sociales, cosa que él hizo preparando los pliegos que posteriormente trasladó al administrativo Sr. Hugo. De este modo, la contratación se produjo en la forma querida por el Viceconsejero, mediante una tramitación interna que contradice tanto las normas internas de la Consejería como la normativa vigente en materia de contratación pública y que concluyó con un fraccionamiento ilegal de un contrato tramitado en menos de 15 días, esta contratación únicamente se produjo por la arbitrariedad de la decisión del cargo político y la colaboración del Secretario General Técnico haciéndolo en contra del criterio técnico expreso de la funcionaria máxima responsable en materia de contratación de la Consejería y también en contra de las normas que rigen la contratación pública. Y fue por ello por lo que se dictaron por el Viceconsejero las Resoluciones de 4, 8 y 12 de noviembre de 2010 cada

una de las cuales adjudica por el procedimiento de contrato menor de suministro la fabricación y colocación de hitos a la empresa New Construction S.L. El Viceconsejero conformó las facturas 86/10, 87/10 y 88/10 presentadas por la empresa adjudicataria y emitidas con fecha 10 de noviembre de 2010 pese a que en aquel momento no se había colocado ni uno solo de los monolitos encargados. En el año 2011 se colocaron 9 monolitos de los cuales solamente dos se colocaron dentro de las áreas de servicios sociales que señalaban las resoluciones de adjudicación. Ello fue así porque no se había determinado con carácter previo el lugar donde debían ser colocados ni se había solicitado licencia alguna para ello pese a que desde un primer momento el objeto del contrato así lo debería de haber previsto. Lo que se hizo fue nombrar el 16 de noviembre de 2010 a Don Inocencio como personal eventual para que visto el mapa de las fosas comunes fuese determinando con el previo visto bueno del Sr. Viceconsejero el lugar donde habrían de colocar los hitos conmemorativos. En los presupuestos del Principado de Asturias para el ejercicio 2010 constaba con cargo a la partida 16.03.313K.226.009 una retención inicial de crédito de 213.000 euros vinculados a la ejecución del desarrollo del programa "Memoria Histórica", cantidad esta que el 15 de noviembre de 2010 fue rebajada a 90.000 euros como consecuencia de las disposiciones de restricciones presupuestarias. Dichas cantidades fueron ordenadas directamente por el Viceconsejero a la Sra. María Purificación ya que como jefa/coordinadora del Servicio de Planificación que era al que se había atribuido la competencia para el desarrollo del referido programa, era quien debía solicitar primero y comunicar después las necesidades económicas, acción esta que llevó a cabo por indicación directa del Viceconsejero, ya que la misma nunca tuvo participación efectiva en el procedimiento de contratación y ejecución".

SEGUNDO: El Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: "Que debemos de condenar y condenamos a Don Inocencio como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal lo que implica la pérdida de su condición de Diputado electo de la Junta General del Principado de Asturias, así como la imposibilidad de concurrir a ningún tipo de elección o ser nombrado para puesto representativo o ejecutivo o gestor por una autoridad pública por dicho período, si bien no implicará la pérdida de su condición de funcionario si la tuviera. Debemos de condenar y condenamos a Don José como autor (cooperador necesario) del delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal lo que implica directamente la pérdida de su condición de Jefe de cualquier órgano o unidad administrativa de libre elección o con funciones administrativas si las tuviera en el momento de la condena, así como la imposibilidad de ser nombrado para ellas o para cualquier otro puesto representativo, ejecutivo o gestor por una autoridad pública, salvo aquellos puestos de RPT que se cubran por concurso, por dicho período, si bien, no implicará pérdida de su condición de funcionario. Procede asimismo la condena en costas de ambos acusados. Notificada esta sentencia a las partes contra la misma cabe interponer recurso de apelación en esta Sala para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de 10 días a contar desde el siguiente a su notificación".

TERCERO.- Con fecha 12 de mayo de 2014, se dictó Auto de Aclaración por el TSJ de Asturias que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Aclarar la sentencia de esta Sala de 6 de mayo en el siguiente sentido: - Contra la referida sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la L.E.Crim., cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El plazo para la interposición del recurso de casación comenzará a computarse desde el día siguiente al de la notificación de este Auto. - El fallo de la sentencia en lo referido a Don José es el que sigue: "Debemos de condenar y condenamos a Don José como autor (cooperador necesario) del delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal, lo que implica directamente la pérdida de su condición de Jefe de cualquier órgano o unidad administrativa de libre elección o con funciones directivas si las tuviera en el momento de la condena, así como la imposibilidad de ser nombrado para ellas o para cualquier otro puesto representativo, ejecutivo o gestor por una autoridad pública, salvo aquellos puestos de RPT que se cubran por concurso, por dicho periodo, si bien, no implicará pérdida de su condición de funcionario".

CUARTO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Inocencio y por José que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Inocencio formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: nulidad de actuaciones. Vulneración del derecho de defensa amparado en el art. 852 de la L.E.Crim., en relación con el artículo 24 C.E. y artículo 11.1 L.O.P.J. SEGUNDO: Vulneración del derecho de defensa amparado en el art. 852 de la L.E.Crim., en relación con el art. 24 C.E. TERCERO: vulneración del derecho fundamental a la motivación de la sentencia y a la tutela judicial efectiva. Artículos 120 y 24 de la C.E., amparados en el art. 852 L.E.Crim. CUARTO: Quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 de la L.E.Crim., por utilizar conceptos jurídicos que implicaban la predeterminación del fallo. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. SEXTO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y 24.2 de la C.E., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 404 del C.Penal. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del artículo 42 del Código Penal. La representación de José, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo de los arts. 852 L.E.Crim. y 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, a un proceso con las debidas garantías y a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al haber tenido la Sala sentenciadora contacto con la causa en la fase de instrucción que ha comprometido su imparcialidad objetiva en una serie de resoluciones. SEGUNDO: Al amparo de los artículos 852 y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración de los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión y a

la defensa y asistencia letrada del artículo 24.1 y 2 de la Constitución. TERCERO: Al amparo de los artículos 852 y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución por infracción del principio acusatorio al no haberse especificado en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal en qué consiste la cooperación necesaria por la que se acusa al recurrente. CUARTO: Al amparo de los arts. 852 L.E.Crim. y 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución, al fundar la condena en las declaraciones testimoniales de los funcionarios responsables de la tramitación del expediente de contratación, por haber sido citados como testigos en las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal, siendo así que por haber participado necesariamente en la comisión del delito deberían haber sido imputados, habiéndose valorado una declaración testimonial nula sin la previa información de derechos; y además porque en la valoración de esas testimoniales la sentencia infringe los criterios de la lógica y de la experiencia. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba basado en los documentos auténticos obrantes en autos a los folios 518 a 556, documentación referida a la tramitación, bajo la modalidad del contrato de obras, de dieciséis expedientes de contratación que tienen por objeto la ejecución de un monumento. SÉPTIMO: infracción de ley al amparo del art. 849.2º L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba basado en el documento , certificado de la Secretaria General Técnica de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias de fecha 17-3-2014. OCTAVO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º L.E.Crim., al no resolverse en la sentencia la denuncia formulada de vulneración de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y a la defensa del art. 24.1 y 2 de la Constitución. NOVENO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º L.E.Crim., al no resolverse en la sentencia la denuncia formulada de vulneración de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y a la defensa del art. 24.1 y 2 de la Constitución. DÉCIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º por consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico implicaban la predeterminación del fallo. UNDÉCIMO: Al amparo de los artículos 852 L.E.Crim., y 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y a la defensa del art. 24.1 y 2 de la Constitución.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución del recurso sin celebración de vista e impugnó todos los motivos por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el doce de marzo pasado, con asistencia de la letrada D^a Ana García Boto, en defensa de Inocencio, que solicitó la estimación de su escrito, renunciando al motivo formulado por quebrantamiento de forma de su recurso; el letrado D. Ceferino Menéndez Buelga en representación de José, que renunció a los motivos octavo a décimo de su escrito del

recurso y seguidamente informó; y del Ministerio Fiscal, Excmo. Sr. D. José María Parra que se remitió a su escrito de impugnación haciendo unas puntualizaciones, y solicitando la desestimación de los recursos. La letrada Sra. García solicitó hacer unas precisiones a lo que el Excmo. Sr. Presidente accede.

OCTAVO.- Con fecha quince de abril pasado, se dictó auto prorrogando el término para dictar sentencia por plazo de un mes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con fecha seis de mayo de 2014, condena a los recurrentes como autor y cooperador necesario, respectivamente, de un delito de prevaricación administrativa a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Frente a ella se alzan los presentes recursos fundados en un total de diecinueve motivos.

SEGUNDO .- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Inocencio, al amparo del art 852 de la Lecrim, por infracción de precepto constitucional, denuncia vulneración del derecho de defensa del art 24 1º de la CE. , en relación con el art 11 1º LOPJ, al haber sido citados como testigos en las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal los funcionarios que intervinieron en el procedimiento de contratación Luis Pablo y Tomasa, que a su entender deberían haber sido imputados. Estima la parte recurrente que esta declaración testifical es nula y determina la nulidad de toda la prueba posterior, conforme a lo prevenido en el art 11 1º de la LOPJ. El motivo carece de fundamento. Los referidos funcionarios no han sido acusados de delito alguno, y no corresponde a la defensa de los efectivamente acusados, sino a la acusación, determinar contra quien se dirige la acción penal. No habiéndose formulado acusación contra dichos funcionarios, no existe base para estimar que en su declaración en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal se les debió otorgar la consideración de sospechosos o imputados, por lo que la alegación de nulidad probatoria carece de contenido.

TERCERO .- El segundo motivo de recurso, también por vulneración del derecho de defensa, alega indefensión por no acceder el Tribunal a la petición de la defensa de alterar el orden de los interrogatorios, dejando a los acusados para el final. El motivo carece de fundamento. El orden en el que deben practicarse las pruebas está predeterminado legalmente en el artículo 701 de la Lecrim. Se comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y, por último, por la de los acusados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. La decisión sobre alterar el orden de las pruebas, corresponde al Presidente del Tribunal, naturalmente expresando el criterio mayoritario del conjunto de la Sala, tal y como previene expresamente el último párrafo del citado artículo 701 de la Lecrim, "cuando así lo estime procedente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad", y en el caso actual no se aprecia la concurrencia de razones de peso que hiciesen procedente ese cambio. Con independencia de la valoración que pueda realizarse desde una perspectiva teórica o de "lege ferenda" sobre cuál debería

ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral, lo cierto es que un "usus fori" muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio, con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas . Y éste fue el momento procesal en el que se interesó la práctica de la prueba por el Ministerio Fiscal, por lo que el Tribunal sentenciador no hizo más que cumplir lo que establece la ley, al seguir el orden de práctica de las pruebas establecido en el art 701 de la Lecrim. Esta dinámica judicial usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro "usus fori" muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio. Esta práctica judicial habitual, que tiene sus antecedentes en la época de entrada en vigor de la propia Lecrim (SSTS de 19 de mayo, 28 y 30 de junio de 1883, e Instrucción 51/1883, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), trata de suplir una laguna apreciable en la Lecrim que no prevé expresamente un momento procesal para que los acusados puedan ejercer su derecho a declarar, salvo a través del ejercicio de su derecho a la última palabra, que constituye un trámite muy tardío, y escasamente determinante, que se produce cuando el juicio prácticamente ha terminado. En consecuencia, para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal, y teniendo en cuenta que el juicio debe comenzar en todo caso con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, el "usus fori" determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado, contestando, si desea hacerlo, a las preguntas que le formulen la acusación y su propia defensa. A través de esta declaración inicial, y del derecho a la última palabra, los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada contra ellos, tanto al comienzo del juicio como al final. El juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados.

CUARTO .- Ha de tomarse también en consideración que en los supuestos de pluralidad de acusados, la declaración de cada uno de éstos tiene una doble naturaleza, en la medida en que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, por lo que la declaración al comienzo del juicio facilita el derecho a la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración inicial de uno de los ellos contenga elementos inculpativos para los demás. Es cierto que este "usus fori" ha sido impugnado por un sector doctrinal, cuestionando que sea lo más conveniente para el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras) no aprecia que esta práctica usual determine la indefensión de los acusados, pues éstos pueden, en cualquier caso, ejercer su derecho constitucional a no declarar, y a no declararse culpables, negándose a responder a cualquier pregunta que estimen que pueda comprometerles. En la

doctrina de esta Sala se señala que cuando se realiza la declaración del acusado, con independencia del momento del juicio en el que se produzca, el acusado ya conoce las pruebas que la acusación propone como de cargo y las manifestaciones de los testigos ante el Instructor; ya ha podido tener información acerca del planteamiento de su defensa o de la de otros acusados sobre la validez de las mismas; ya dispone de la necesaria asistencia letrada; ha tenido oportunidad de asesorarse suficientemente acerca de las eventuales consecuencias de la validez o eficacia de las pruebas existentes en su contra; ha tenido oportunidad de pedir y recibir opinión y consejo técnico acerca de las posibles consecuencias de su declaración; y ha sido informado debidamente de sus derechos, entre los que se encuentra el de no declarar, no confesarse culpable y no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan. En definitiva, ha tenido oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa (STS núm. 1129/2006, de 15 de noviembre, entre otras), por lo que no cabe apreciar que esta declaración, en todo caso voluntaria, le ocasione indefensión. Es cierto que el modelo anglosajón es otro, y que este modelo ejerce una influencia cada vez más acusada, y a veces excesiva, en el ámbito de la doctrina procesal, pero no siempre es conveniente ni necesario insertar elementos aislados de un modelo procesal en otro que funciona, en su conjunto, con parámetros diferentes. Máxime cuando en el modelo anglosajón el acusado es libre de no declarar, pero si lo hace está obligado a decir verdad, e incluso puede ser acusado de perjurio si miente para evitar incriminarse.

QUINTO.- También es cierto que existe en el momento actual una práctica judicial minoritaria que admite la alteración del orden habitual de las pruebas en cuanto a la declaración del acusado, partiendo de la base de que el derecho a no declarar y a no confesarse culpable incluye el derecho a que el acusado adapte su declaración a la prueba que se haya practicado a lo largo del juicio. Se alega que estando presente el acusado durante las testificales y el conjunto de la prueba practicada en el juicio, si declara al final tiene la posibilidad de adaptar sus respuestas según mejor convenga a la tesis de su defensa. Sin entrar en la polémica, y advirtiendo sobre la pérdida de credibilidad de la declaración que esta práctica podría conllevar, máxime cuando en nuestro modelo procesal si el acusado decide declarar no está obligado a decir la verdad, lo cierto es que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio. Ha de resaltarse, con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de ser perseguido por perjurio caso de no decir la verdad, perdiendo la inmunidad frente al delito de falso testimonio. Inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso.

SEXTO. - En definitiva, la facultad de alterar el orden de las pruebas, de oficio o a instancia de parte, viene atribuida por la Ley al Presidente (art 701, "in fine", de la Lecrim, y STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras), obviamente actuando como portavoz del Tribunal del que es "primus inter pares", y en el caso actual no se aprecia que la denegación de dicha alteración, realizada por el Tribunal en el ejercicio de una facultad legal, haya ocasionado indefensión a los acusados. Como recuerda la STC 25/2011, de 14 de marzo, "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre ; 116/1995, de 17 de julio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo; 237/2001, de 18 de diciembre, entre otras muchas)" (STC 25/2011 citando la 62/2009, de 9 de marzo). En el caso actual no se aprecia una actuación incorrecta del órgano jurisdiccional, exigible conforme a la doctrina constitucional invocada para la apreciación de la indefensión, sino el ejercicio razonable de una facultad que atribuye expresamente al Tribunal la normativa procesal, por lo que el motivo debe ser desestimado. En conclusión, como señala la reciente STS 394/2014, de 7 de mayo, " No corresponde al acusado fijar el orden de la actividad probatoria a practicar para el esclarecimiento de los hechos". SÉPTIMO.- El tercer motivo de recurso, también al amparo del art 852 de la Lecrim, alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por defectuosa motivación de la sentencia al estimar que ésta no ha valorado suficientemente la prueba de descargo. El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril, comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre, por todas). En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las

pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero, y 27/2013, de 11 de febrero, entre otras muchas). Expuesta esta doctrina general fácil resulta apreciar que cuando se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o de la interdicción de la arbitrariedad refiriendo estas infracciones al proceso de valoración de la prueba que sustenta una sentencia condenatoria, en realidad se está denunciando esencialmente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Pues en éste derecho constitucional se incluye como una de sus exigencias la valoración racional de la prueba practicada, lo que implica en sí misma la interdicción de la arbitrariedad, de manera que de la prueba practicada tiene que inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Es decir que la arbitrariedad, irracionalidad o ausencia de fundamentación en la valoración de la prueba que sustenta una sentencia condenatoria, constituyen infracciones del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Dado que en otro motivo de este mismo recurso se alega la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, se analizarán las argumentaciones expuestas por la parte recurrente en este tercer motivo, cuando examinemos el motivo sexto interpuesto por la supuesta vulneración de este otro derecho constitucional, con la finalidad de no fraccionar el análisis de los temas probatorios.

OCTAVO.- El cuarto motivo, por quebrantamiento de forma al amparo del art 851 1º de la Lecrim, denuncia la utilización de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. Se refiere la parte recurrente a la frase "concluyó con un fraccionamiento ilegal de un contrato tramitado en menos de quince días, esta contratación únicamente se produjo por la arbitrariedad del cargo político." Según reiterada doctrina jurisprudencial, para que constituya un vicio determinante de la nulidad, la predeterminación del fallo requiere los siguientes requisitos: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común; c) que tengan valor causal respecto del fallo; d) que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción (SS.T.S. 17 de abril de 1996 y 18 de mayo de 1999, entre otras muchas). En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería del imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica-imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados. En el caso actual concurren los tres primeros requisitos del vicio casacional denunciado de predeterminación del fallo. En efecto la calificación de arbitrariedad atribuida a una resolución adoptada por un cargo político en un proceso de contratación administrativa, constituye una expresión técnico-jurídica que define la esencia del tipo penal de prevaricación que es el aplicado; no es compartida en el lenguaje común, en los mismos términos que en la doctrina penal; y tiene un valor causal respecto del fallo. En definitiva no debió emplearse en absoluto por el Tribunal sentenciador en el relato fáctico. Sin embargo no cabe estimar este motivo casacional porque no concurre el cuarto requisito: que suprimido el concepto jurídico predeterminante, quede

el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción. En el caso actual, como analizaremos al estudiar el motivo correspondiente por infracción de ley, el relato histórico es muy completo y detallado, por lo que suprimida esta expresión de los hechos probados subsiste plenamente la base fáctica necesaria para apreciar la concurrencia del delito objeto de acusación y condena. En cualquier caso, el presente motivo fue renunciado en el acto de la vista.

NOVENO. - El quinto motivo, por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del 849 2º de la Lecrim, se apoya como documentos acreditativos del error en los que fueron aportados junto con el escrito de conclusiones provisionales. La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim.; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo. En el caso actual no se cumplen los referidos requisitos, pues la parte recurrente ni siquiera identifica con claridad los documentos a que se refiere, ni precisa los extremos de los documentos de los que se deriva la acreditación de un elemento específico del relato fáctico. Este motivo casacional al obligar al recurrente a designar la prueba documental en que se acredita el error le está obligando a precisar el particular o particulares del documento que evidencien que los hechos consignan un dato fáctico equivocado. No es admisible, por tanto, lo que en el caso actual realiza la parte recurrente que es una invocación in genere de una pluralidad de documentos, para que se realice una valoración de conjunto, que no tiene cabida en este cauce casacional. Son numerosos los pronunciamientos de esta Sala (STS 2003/1.994, de 8 de noviembre y STS de 1 de abril de 2004, entre otras muchas) en el sentido de que estas exigencias "no son caprichosas, sino que responden a ideas muy firmes, pues sólo señalando cuáles son los puntos concretos del documento de los que fluye claro el error, pueden las demás partes oponerse a

la pretensión y se posibilita a la Sala que ha de decidir, resolver sin hacer conjeturas sobre las posibles zonas documentales que hubieron de tener incidencia en el error, lo que la haría situarse incluso en una posición de desequilibrio, de cierta parcialidad objetiva". El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DÉCIMO.- El sexto motivo de recurso, por vulneración de derecho constitucional, alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Una reiterada doctrina de esta Sala considera que la invocación de este derecho fundamental permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad. En el caso actual se niega credibilidad por la parte recurrente a las declaraciones de los testigos Tomasa y Luis Pablo, por estimar que tratan de exculparse por no haber actuado debidamente, formulando objeciones por escrito al procedimiento seguido para la contratación, y se alega que no se ha valorado debidamente la prueba documental acreditativa de que fue el funcionario Luis Pablo quien envió un fax a la empresa constructora dando instrucciones para modificar la contratación. La Sala sentenciadora

considera acreditado que se produjo un fraccionamiento ilegal del contrato siguiendo instrucciones del recurrente, ViceConsejero de Bienestar Social, fraccionamiento que obedeció exclusivamente a la voluntad de dicho recurrente con la finalidad de anticipar la realización del encargo utilizando un procedimiento con menores garantías. Estimando además que este fraccionamiento solo se pudo realizar con la aquiescencia y colaboración del coacusado, segundo recurrente, que ostentaba el cargo de Secretario General Técnico de la Consejería. Para llegar a esta conclusión fáctica la Sala sentenciadora dispuso de abundante prueba documental, que acredita el fraccionamiento del contrato, dictándose tres resoluciones distintas en fechas muy próximas para un único suministro de 81 hitos de piedra. Consta también acreditado documentalmente que se adjudicaron tres contratos distintos, por la modalidad de contrato menor de suministro, para 27 hitos cada uno, constanding tres facturas diferentes, correspondiendo a cada uno de los tres contratos, por el mismo importe. Dispuso también el Tribunal sentenciador de diversas declaraciones testificales, incluyendo la del representante de la empresa adjudicataria de los tres contratos, de la que se deduce que se le solicitó que presentara tres presupuestos de tres empresas diferentes, la suya con las mejores condiciones, para que se le pudiera adjudicar el suministro, obviando los criterios de imparcialidad que garantizan los intereses públicos en el procedimiento de contratación menor. Asimismo tuvo en consideración el Tribunal sentenciador las declaraciones de varios funcionarios de la Consejería, que interpreta con las ventajas y garantías propias de la intermediación, publicidad y contradicción, valorando expresamente su firmeza y ausencia de contradicciones, otorgándoles credibilidad suficiente. La Sala sentenciadora señala expresamente que pese al reiterado intento de las defensas de los acusados de desacreditar su testimonio, otorga plena credibilidad a las declaraciones de estos testigos y constata que en lo sustancial las declaraciones son firmes y explican con precisión y claridad los hechos acaecidos, no apreciando contradicciones sustanciales salvo en aspectos accesorios. La Sala sentenciadora contó como elemento probatorio adicional, con el resultado de los careos practicados en el acto del Juicio a solicitud de las defensas. Toma en consideración el Tribunal sentenciador que los testigos referidos, tras su intervención como funcionarios en la contratación, no volvieron a tener relación con los hechos hasta casi dos años después de ocurridos, cuando fueron llamados por la Fiscalía para prestar declaración, estimando el Tribunal que no cabe apreciar que en ningún momento hicieran intento alguno de perjudicar a los hoy acusados. Estas testificales acreditan que para iniciar el procedimiento de contratación se le entregaron al Sr. Luis Pablo tres presupuestos y éste, ante lo anómalo de la tramitación toda vez que faltaba la propuesta de contratación, se dirigió a la Sra. Tomasa que era la Jefa de Asuntos Generales y su superior jerárquico. Ésta informó al Secretario General Técnico que el tipo contractual debería ser el de un contrato de suministro a tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad, iniciándose su tramitación. También estima acreditado el Tribunal sentenciador, a través de la declaración de la Sra. Tomasa, que cuando ya se encontraba preparando los pliegos modelo para la contratación por el procedimiento negociado, que era el legalmente procedente, acudió a su despacho el ViceConsejero manifestándole que no se podía tramitar el contrato por este procedimiento negociado porque llevaba mucho tiempo y él lo quería hacer urgentemente. Tras esta conversación la Sra. Tomasa acudió al despacho del Secretario general y éste le dijo que tenía que

hacerse la contratación en la forma que quería el ViceConsejero indicándole que hiciese tres contratos menores de suministro agrupándolos por áreas de servicios sociales. La Sra. Tomasa manifestó su oposición y su renuncia a tramitar la contratación en dichos términos, por no ser el procedimiento legal, por lo que se llamó al Sr. Luis Pablo, subalterno encargado de la contratación menor, se le entregaron los presupuestos y el Secretario General coacusado le indicó que hiciese tres contratos menores por áreas de servicios sociales. La Sala sentenciadora dispuso, en consecuencia, de una prueba documental y testifical directa, incluida la práctica de careos en el propio acto del juicio oral, para valorar personalmente la firmeza de los testimonios, que le permiten tener razonablemente por acreditado que se produjo una contratación en contradicción con la normativa interna de la Consejería y en contra de la normativa sobre contratación pública. Y también que esta alteración de la normativa contractual, en perjuicio de los intereses generales, se produjo por una decisión personal del ViceConsejero que para procurar una tramitación urgente obvió los procedimientos legales procediendo a fraccionar un contrato en tres contratos menores de suministro supuestamente distintos. No cabe apreciar, en consecuencia, que el Tribunal sentenciador vulnerase el derecho a la presunción de inocencia, pues dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y racionalmente valorada, sin que exista una versión alternativa razonable, pues la tesis de que fueron los funcionarios por su cuenta los que alteraron el procedimiento carece de soporte probatorio y es absolutamente inverosímil. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El séptimo motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega aplicación indebida del art 404 del Código Penal, por estimar que los hechos probados solo describen una contratación administrativa irregular, pero no delictiva, no habiéndose ocasionado perjuicio alguno al interés público. El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E). Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras). Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002, entre otras) " el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...". El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como " arbitrarias " las resoluciones

que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso Intelhorce). Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. En el caso actual concurren los referidos requisitos. En primer lugar no se cuestiona que en los acusados concurre la condición de autoridad y funcionario, respectivamente, y que por parte del recurrente se han dictado diversas resoluciones en un asunto administrativo, concretamente en un procedimiento de contratación administrativa, que compromete caudales públicos. En segundo lugar tampoco es cuestionable que las referidas resoluciones eran objetivamente contrarias a derecho, en un doble sentido: primero porque se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que " no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan". Y segundo, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación. La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta. Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras). 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; que en el caso actual se manifiesta en el resultado de haber adjudicado tres contratos fraccionados fraudulentamente a una misma empresa que aportó diversos presupuestos simulados, consiguiendo la concesión de los suministros sin posibilidad alguna de contrastar que su oferta fuera la más favorable para los intereses generales. - 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. En el presente caso, la decisión del recurrente de adjudicar unos contratos de manera que en la práctica se excluía toda transparencia y a cualquier otro competidor, que no fuese el elegido digitalmente por el propio Vice Consejero, constituía una resolución que el recurrente adoptó con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional. Como se dice en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios. La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. En el caso actual, es claro que fue exclusivamente la voluntad personal del Vice Consejero, y su urgencia por adjudicar la realización de las placas, lo que motivó una vulneración absoluta del procedimiento prevenido para la contratación, y la adjudicación digital del suministro de las placas conmemorativas, burlando

totalmente los controles prevenidos para optimizar el gasto de los fondos públicos. Es cierto que el objetivo del recurrente era laudable, al pretender homenajear con las placas a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior. Pero precisamente por ello, esta finalidad no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescindiera deliberadamente de los cauces legales, para hacer efectiva la voluntad del ViceConsejero por vía de hecho, pues no hay nada más incongruente que pretender homenajear a las víctimas que defendían la legalidad republicana vulnerando deliberadamente, por razones de pretendida urgencia, la legalidad ínsita al actual régimen constitucional. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DUODÉCIMO.- El octavo motivo, también por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia aplicación indebida del art 42 CP, por estimar que la pena impuesta de inhabilitación para empleo o cargo público, con la pérdida de su condición de Diputado Electo de la Junta General del Principado de Asturias, cargo que ostenta desde abril de 2012, no tiene relación con el delito cometido años atrás en su condición de ViceConsejero de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado, siendo imposible cometer en la actualidad un delito de las mismas características al que ha sido objeto de condena al no tener competencia en materia de contratación. El motivo no puede ser estimado. Como señala acertadamente el Ministerio Público, la pena de inhabilitación puede revestir el carácter de pena principal, como se establece en el art 42 CP, o accesoria, art 56 CP, y solo en este caso se exige para la imposición de la pena una relación directa entre el delito sancionado y el derecho del que se priva al condenado con la imposición de la inhabilitación. Cuando se trata de pena principal, como sucede con el delito de prevaricación, que tiene a la inhabilitación como pena única, el art 42 solo exige que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación y establece expresamente que esta pena alcanza no solo al empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo, "u otros análogos", durante el tiempo de la condena. Es obvio que cuando el delito de prevaricación se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de miembro de Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar, en el propio Gobierno Autonómico o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal. Por ello es perfectamente acorde a derecho la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de condenar al recurrente estableciendo su incapacidad durante el tiempo señalado para concurrir a ningún tipo de elección, o para ejercer o ser nombrado para puesto representativo o gestor por una autoridad pública por dicho período, con la única excepción de poder mantener su puesto de trabajo como funcionario, si lo tuviera. El recurrente ha sido condenado por un delito de prevaricación, que también puede cometer en su actual condición de Diputado en el Parlamento Autónomo, y en el caso de estimarse la tesis sostenida en el recurso, el delito de prevaricación quedaría absolutamente impune mediante la simple artimaña de sustituir el

cargo político por otro durante la tramitación del proceso penal. Como señala la STC 151/1999, de 14 de septiembre, " Pocas dudas pueden albergarse respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente. Para ello, si es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, por ser representantes de los ciudadanos, en actuar de manera directa en los asuntos públicos. Pues bien, y desde este planteamiento, los puestos de Alcalde y Senador presentan rasgos comunes para la receptividad de los ciudadanos en cuanto a las exigencias de integridad de las personas que puedan ser los titulares de dichos cargos de representación popular. Quien escamotea documentos de interés al rival político, no parece que cumpla con esa exigencia, y, más allá del reproche penal que ha merecido su comportamiento, éste supone, también, romper las reglas del juego limpio en la competencia para conseguir el voto de los ciudadanos. En definitiva, el representante que no ha sabido cumplir con las reglas éticas de la neutralidad y la transparencia en la gestión en el cargo de Alcalde, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza para otro que, como es el de Senador , participaría en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político al más alto nivel". En definitiva, pocas dudas pueden albergarse, y menos en el momento actual en el que la reacción social frente al fenómeno de la corrupción política y administrativa está a la altura de la relevancia de esta lacra, respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de los ciudadanos. Y si para ello es exigible, como acertadamente destaca el Tribunal Constitucional, una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, en ser representantes de los ciudadanos. En consecuencia, la inhabilitación establecida como condena por el delito de prevaricación cometido por el miembro de un Consejo de Gobierno Autonómico, que en función de sus intereses políticos inmediatos prescindió de modo personal y directo de las exigencias esenciales del procedimiento de contratación administrativa, vulnerando todas las reglas establecidas para garantizar el control de los gastos públicos, debe extenderse a otros cargos públicos similares obtenidos por elección ciudadana, pues el representante que no ha sabido cumplir con las reglas de probidad y respeto de la legalidad en su gestión como Vice Consejero, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza en un cargo de representante parlamentario, en el que participa en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político de la gestión del ejecutivo. Estimamos, conforme a la doctrina citada del Tribunal Constitucional, que condenar por prevaricación a un cargo electo, y mantenerle en su puesto como representante de los ciudadanos en un órgano legislativo mientras cumple la pena de inhabilitación especial impuesta, que es lo que solicita la defensa del condenado en este motivo de recurso, contradice la propia naturaleza de la pena principal y única establecida por el Legislador para el delito de prevaricación, vacía de contenido efectivo esta sanción penal, y reduce excesivamente la tutela del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación, que garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, y no excluye de su tutela el ámbito de los cargos de representación política en órganos parlamentarios. Constituiría, además, una

interpretación de la norma que podría conducir al absurdo, dejando a criterio de su partido o del propio cargo político condenado en firme por delito de prevaricación a una pena de inhabilitación, decidir si puede o no continuar ostentando su puesto de representación parlamentaria en nombre de los ciudadanos, cuando el sentido último de la pena de inhabilitación establecida como principal y única por el Legislador para el delito de prevaricación es precisamente evitar esa continuidad, tanto en el cargo donde se cometió la prevaricación como en otros análogos. Es cierto que esta Sala en alguna resolución aislada dictada como Tribunal de Instancia, y no como Tribunal de Casación (STS 597/14, de 3 de julio) ha mantenido otro criterio en el caso específico allí enjuiciado. En otras resoluciones se admite la extensión de la inhabilitación especial a "la imposibilidad de obtener durante el tiempo de la condena otro de carácter electivo en cualquier administración " (STS 670/2013, de 19 de julio). Actuando ahora como Tribunal de Casación, en revisión por infracción de ley de una sentencia dictada por el Tribunal de Instancia en la que se especifica razonablemente la extensión en el caso enjuiciado de la pena de inhabilitación especial a empleos o cargos análogos, debemos recordar que lo que exige la norma legal, y también la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, es que la sentencia condenatoria especifique los empleos o cargos sobre los que recae la inhabilitación, en virtud del principio de interpretación restrictiva de la pena, para evitar una analogía generadora de indeterminación. Y, en el caso actual, el Tribunal sentenciador ha especificado con concreción y claridad los cargos a los que se extiende la inhabilitación, incluyendo los de naturaleza política y excluyendo los que pudieran corresponder al condenado en su condición de mero funcionario, ateniéndose a la doctrina establecida en la STC 151/1999, de 14 de septiembre, por lo que el motivo debe ser desestimado. Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del recurso interpuesto por este condenado, con imposición al recurrente de las costas del mismo, por ser preceptivas.

DÉCIMOTERCERO .- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de D. José, por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 Lecrim, y 5 4º LOPJ, por vulneración del derecho a un Juez imparcial, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del art 24 CE, denuncia que la Sala perdió su imparcialidad objetiva al tener contacto con la causa en fase de instrucción, al resolver tres recursos contra las resoluciones del Instructor. En concreto resolvió los recursos interpuestos contra la resolución que declaraba procedente llamar a declarar en calidad de testigos a los funcionarios encargados de la tramitación del expediente, contra la resolución que denegaba la petición de un careo y contra el auto de transformación a procedimiento abreviado. Considera la parte recurrente que, sobre todo esta última resolución, que confirma la concurrencia de indicios de fraccionamiento ilegal del contrato de suministro, debe estimarse que compromete la imparcialidad del Tribunal. Como señalaba esta Sala en la STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, (caso Intelhorce) el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución Española, comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y de esta Sala (S.T.C. 145/88 de 12 de julio y S.S.T.S. Sala Segunda de 16 de octubre de 1998, núm. 1186/98, 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999 y 17 de junio de 2003, núm. 871/2003, entre otras muchas), el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la

protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el "proceso debido" o "juicio justo", (S.S.T.S. de 31 de enero y 10 de julio de 1995, y 21 de diciembre de 1999, entre otras muchas). La Sentencia 145/88 del Tribunal Constitucional inicia la doctrina que relaciona el derecho a la imparcialidad del juzgador y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público... con todas las garantías (art. 24.2 C.E), se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un Juez imparcial, "que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho". Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en Sentencias como la del Caso Delcourt (17 de enero de 1970), Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschildt (16 de julio de 1987), Holm (25 de noviembre de 1993), Sainte- Marie (16 de diciembre de 1992), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994), Castillo-Algar (28 de octubre de 1998), Garrido Guerrero (2 de marzo del 2000), Daktaras (10 de octubre de 2000), Rojas Morales (16 de noviembre de 2000), Werner (15 de noviembre de 2001) y Perote Pellón (25 de julio de 2002), etc. entre otras muchas. El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser ésta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (S.T.S. de 16 de octubre de 1998y 21 de diciembre de 1999, entre otras). Esta garantía de imparcialidad se concibe en favor de las partes procesales, pero también, y sobre todo, en interés público, por lo que han de tomarse en cuenta todos aquellos supuestos en que concurra una "sospecha razonable de parcialidad". Para alcanzar la doble garantía de imparcialidad (imparcialidad real del Juez -subjetiva y objetiva- e imparcialidad aparente, o inexistencia de motivos que puedan generar desconfianza en el justiciable), se establecen en nuestro ordenamiento un elenco de causas legales de abstención o recusación (arts. 219 L.O.P.J. y 54 Lecrim.). Estas causas legales incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal. Por ello puede colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete. Como ha señalado esta Sala reiteradamente, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las

circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la L.O.P.J., precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la Lecrim., y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre). Las causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al Legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concorra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aun cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el Legislador la "objetiva", estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación del Juzgador (STS 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999). Entre estos motivos legales de recusación se encuentra el que afecta a quien ha sido Instructor de la causa, que tiene su fundamento en la necesaria separación que debe establecerse entre el Juez que instruye y el Juez que falla. La prohibición de que se acumulen funciones instructoras y decisoras en un mismo órgano jurisdiccional surge de la razonable impresión de que el contacto con las investigaciones y actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y en la culpabilidad de los presuntos autores, puede originar en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva y en consecuencia el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial que es inherente a un proceso con todas las garantías. La causa de recusación prevenida en el núm. 11 del art. 219 de la LOPJ, haber sido instructor de la causa, tiene una especial relevancia como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Constitucional, especialmente de la sentencia de este último núm. 145/1988, de 12 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, en su párrafo segundo, precisamente porque en él se establecía que la causa de recusación núm. 12 del art. 54 de la Lecrim. no era aplicable al procedimiento establecido en la citada Ley 10/80. El Tribunal Constitucional en dicha sentencia señala que la causa de recusación entonces regulada en el núm. 12 del art. 54 de la Lecrim trataba de tutelar la imparcialidad objetiva, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. Con ello no se trata de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni desconocer que la instrucción supone exclusivamente una investigación objetiva de la verdad en la que el Instructor debe indagar, consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como las favorables al reo. Pero lo cierto es que esta actividad al poner a quien la realiza en contacto directo con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y con sus supuestos responsables puede provocar en el ánimo de instructor, pese a sus mejores deseos, prejuicios o impresiones en favor o en contra del acusado, impresiones que pueden influir en el momento del enjuiciamiento. Incluso en aquellos supuestos en que esta influencia no se produzca, es difícil evitar para los terceros y para el propio acusado la impresión de

que el Juez no acomete la función de juzgar del modo absolutamente imparcial que constituye la mejor garantía para los afectados.

DÉCIMOCUARTO.- Como ha señalado reiteradamente esta Sala, por ejemplo en la STS. 1590/2003, de 22 de abril de 2004, (caso Intelhorce), la aplicación de esta causa no puede llevarse a extremos que desborden notoriamente su sentido originario. Este sentido originario se refiere a los supuestos en los que se han confundido de un modo efectivo en una misma persona las funciones de Juez instructor y de Juez sentenciador, bien como Juez unipersonal o bien como Juez integrado en un Tribunal colegiado. Esto sucede generalmente a través de un cambio de destino del inicial Juez Instructor, que con posterioridad al desarrollo de su función instructora se ha integrado en el órgano sentenciador, o bien cuando el Tribunal resuelve un recurso formulado durante la instrucción de un modo que predetermina su criterio respecto de la resolución final. Pero no se puede extender esta causa de recusación a supuestos distintos en que las decisiones previas al enjuiciamiento han sido adoptadas para la preparación del mismo por Tribunales a los que la propia Ley les encomienda, como anexo a la función de enjuiciar, otras funciones diferentes de la instrucción, como por ejemplo la resolución de las cuestiones previas tanto si se resuelven en el propio ámbito del juicio oral, como sucede en el procedimiento abreviado, como si se resuelven con anterioridad al mismo como sucede con los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario. Estas decisiones no implican que los Magistrados integrantes del Tribunal que las adopta realicen funciones instructoras, sino funciones íntimamente vinculadas con el enjuiciamiento definitivo, y por ello no determinan en absoluto, la pérdida de la imparcialidad. Como hemos señalado con anterioridad no cabe confundir el contacto con el material probatorio en fase de instrucción, fase en la que el Juez Instructor se sitúa en una posición investigadora incompatible con la posibilidad de juzgar posteriormente los mismos hechos, con la obtención de dicho contacto durante la fase probatoria del juicio, fase que, por la propia naturaleza de las funciones desempeñadas y de la posición adoptada por el Juez, no contamina en absoluto la imparcialidad del Juzgador aun cuando por razones legales deba reiterarse posteriormente la práctica de alguna diligencia previamente anulada.

DÉCIMOQUINTO.- Como se señala en el reciente Auto de la Sala del 61 de este Tribunal, de 25 de febrero de 2015, la doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juez imparcial puede resumirse, por ejemplo, en la STDEH de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández Huidobro contra España. Recuerda el TEDH que la imparcialidad se define normalmente por la ausencia de prejuicios o de toma de posición. Su existencia puede apreciarse de diversas formas. El Tribunal diferencia entre una fase subjetiva, en la que se trata de determinar lo que el Juez pensaba en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto concreto, y una fase objetiva que nos llevaría a indagar sobre si ofrecía suficientes garantías para excluir a este respecto cualquier duda legítima (Piersack c. Bélgica, 31 octubre de 1982, § 30, serie A núm. 53, y Grieves c. Reino Unido [GS], núm. 57.067/00, § 69, 16 de diciembre de 2003). En este campo, hasta las apariencias pueden revestir importancia (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, § 45, Repertorio 1998- VIII, y Morel c. Francia, núm. 3.4130/96, § 42, TEDH 2000-VI). Para pronunciarse sobre la

existencia, en un determinado asunto, de un motivo suficiente para temer que un órgano particular adolezca de un defecto de imparcialidad, la óptica del que pone en duda la imparcialidad entra en juego pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprensiones del interesado pueden considerarse justificadas (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, § 58, 7 de agosto de 1996, Recopilación 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33.958/96, § 44, TEDH 2000-XII). En el marco del aspecto subjetivo, el Tribunal siempre ha considerado que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (Hauschildt c. Dinamarca, 24 de mayo de 1989, § 47, serie A núm. 154). En cuanto al tipo de prueba requerida, trató por ejemplo de verificar la fundamentación de las alegaciones según las cuales un juez había manifestado una cierta hostilidad o animadversión cualquiera hacia el acusado o, movido por motivos de ámbito personal, se había arreglado para obtener el conocimiento de un asunto (De Cubber, sentencia antes citada, §25). Hace tiempo que la jurisprudencia del Tribunal ha sentado el principio según el cual a un Tribunal se le presume exento de perjuicios o de parcialidad (vid, por ejemplo, Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica, 23 de junio de 1981, § 58, serie A núm. 43). El Tribunal reconoce la dificultad de establecer la existencia de una violación del artículo 6 por parcialidad subjetiva. Es el motivo por el cual, en la mayoría de los asuntos en los que se plantean cuestiones de parcialidad, ha acudido al aspecto objetivo. La frontera entre las dos nociones no es sin embargo hermética ya que no solamente la conducta misma de un juez puede, desde el punto de vista de un observador exterior, acarrear dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad (aspecto objetivo) sino que también puede afectar a la cuestión de su convicción personal (aspecto subjetivo) (Kyprianou c. Chypre [GC], no73797/01, § 119, TEDH 2005- XIII). Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal permite distinguir dos tipos de situaciones susceptibles de relevar un defecto de imparcialidad en el juez. La primera, de orden funcional, acoge los casos en los que la conducta personal del juez no se cuestiona en absoluto pero donde, por ejemplo, el ejercicio por la misma persona de diferentes funciones en el marco de un proceso judicial (Piersack, sentencia antes citada) o los vínculos jerárquicos u otros con otra parte del proceso (vid los asuntos de Tribunales marciales, por ejemplo, Miller y otros c. Reino-Unido, núm. 45.825/99, 45.826/99 y 45.827/99, 26 de octubre de 2004) plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del Tribunal, el cual no responde por lo tanto a las normas del Convenio de acuerdo a la fase objetiva. El segundo tipo de situaciones es de orden personal y se refiere a la conducta de los jueces en un asunto determinado. Desde un punto de vista objetivo, similar conducta puede ser suficiente para fundamentar temores legítimos y objetivamente justificados, como en el asunto Buscemi c. Italia (núm. 29.569/95, § 67, TEDH 1999-VI), pero también puede plantear problemas en el marco del aspecto subjetivo (vid, por ejemplo, el asunto Lavents c. Letonia (núm. 58.442/00, 28 de noviembre de 2002), esto es revelar perjuicios personales por parte de los jueces. A este respecto la respuesta al asunto de determinar si hay que acudir a la fase objetiva, a la fase subjetiva o a las dos depende de las circunstancias de la conducta litigiosa. Ver también, en sentido similar, STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta

DÉCIMOSEXTO.- El Tribunal Constitucional también considera que el derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que

condiciona su existencia misma. Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por eso, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación implica la restricción de una garantía esencial (STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, entre las más recientes). En la STC 133/2014, de 22 de julio, se señala que "la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)"... A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; "esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra" (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3). Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que "[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo" (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas

de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino "más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior" (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4). "Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad. No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9)".

DÉCIMOSEPTIMO.- Aplicando esta doctrina general al caso enjuiciado, es clara la necesidad de desestimar el motivo. En primer lugar, la parte recurrente no ha formulado en momento alguno el incidente de recusación contra los Magistrados que ahora se acusa de falta de imparcialidad. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues afecta a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley en la medida en que aparta al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias. La recusación constituye el instrumento legal establecido para preservar el derecho a la imparcialidad, probando el motivo que determina su pérdida en el concreto caso enjuiciado, en el momento procesal oportuno y a través del procedimiento adecuado. La parte que cuestiona la imparcialidad no puede prescindir del procedimiento

establecido para ello, la recusación, y alegar después extemporáneamente este supuesto vicio de nulidad, que no ha sido planteado en la forma y en el momento oportuno. En el caso actual, la propia parte recurrente reconoce que no planteó la recusación en el momento procesal oportuno y por el cauce procesal adecuado y se limitó a adherirse a la cuestión previa formulada por la otra parte acusada en la fase inicial del juicio oral. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado. En cualquier caso el análisis de las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia durante la instrucción, desmiente la acusación de pérdida de imparcialidad. Se trató de dos autos de resolución de sendos recursos de apelación referidos a cuestiones que en absoluto condicionaban la posición final que pudiera adoptarse en el juicio, y un auto resolviendo el recurso contra el auto de transformación en el que los componentes del Tribunal se limitan a confirmar de modo genérico la concurrencia de meros indicios apreciados por el Instructor. Procede, por todo ello, la desestimación del motivo.

DÉCIMOCTAVO.- El segundo motivo de recurso, al amparo del art 852 Lecrim y 5 4º LOPJ, denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa y la asistencia letrada, por haber sido valorada para el ejercicio de la acción penal la declaración prestada por el recurrente en un informe que le fue solicitado en su calidad de Secretario general Técnico de la Consejería por el Ministerio Fiscal, antes de que formulara denuncia. De este informe dedujo el Ministerio Fiscal indicios de ilegalidad de su actuación, lo que a entender del recurrente vicia el recurso desde su origen. Este motivo de nulidad fue planteado durante el juicio y resuelto de un modo adecuado por el Tribunal sentenciador, a cuya fundamentación nos remitimos (FJ 1º). En cualquier caso esta misma Sala ya señaló, en la sentencia del caso Roldán, de 21 de diciembre de 1999, que " Como se deduce de la STC Pleno, de 2 de octubre de 1997, núm. 161/1997, en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del art. 24,2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en

perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio". Aplicando esta doctrina genérica al supuesto ahora enjuiciado ha de concluirse que la afirmación de que le emisión de un informe administrativo, en su condición funcional, en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, por el después acusado, determina la nulidad de todas las actuaciones por vulnerar el derecho fundamental a no auto incriminarse, es de difícil justificación pues no nos encontramos ante una "contribución de contenido directamente incriminatorio." En efecto, el ahora recurrente redactó el informe preliminar solicitado en los términos que estimó convenientes, en realidad autoexculpatorios, resultando posteriormente, de otras pruebas y testimonios que no de su propio informe, la apreciación de indicios racionales de su presunta participación delictiva en los hechos, siendo esta prueba adicional la que motivó su acusación por el Fiscal.

DÉCIMONOVENO. - En este mismo sentido, puede ser relevante tomar en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la colisión entre el derecho a no autoincriminarse y la obligación de proporcionar información en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Señala el TJUE, por ejemplo en la sentencia *Dalmine* (*Dalmine/Comisión*, Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 25 de enero de 2007), que el derecho a no declarar contra uno mismo sólo es aplicable cuando se trata de solicitudes de información que obligan al destinatario, coercitivamente, a dar una respuesta sobre una específica cuestión incriminatoria. Esta doctrina jurisprudencial debe estimarse relevante tanto por su origen en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que constituye el verdadero Tribunal Supremo de la Unión Europea, como por el hecho de que en el Derecho Penal actual se ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y son cada vez más numerosos los tipos penales que integran un elemento normativo de naturaleza administrativa, por lo que la concurrencia de una investigación previa de carácter administrativo, o en todo caso prejurisdiccional, será cada vez más frecuente (véase lo que sucede en el ámbito del delito fiscal, o de los fraudes de subvenciones, por ejemplo). Según dicha jurisprudencia, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (*SSTJUE* de 18 de octubre de 1989, *Orkem/Comisión*; de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión* y de 14 de julio de 2005, *ThyssenKrupp/Comisión*). Aplicando esta doctrina al caso actual, es claro que la solicitud por el Ministerio Fiscal de un informe a quien ocupaba un cargo administrativo relevante como Secretario General Técnico de la Consejería donde supuestamente se habría cometido el delito, no determina una vulneración del derecho a no autoincriminarse, porque en el momento en el que el informe se solicitó no se dirigía todavía el procedimiento penal contra el mismo, y porque la solicitud no incluía conminatoriamente la obligación de responder a una cuestión que

necesariamente debiese inculpar al hoy recurrente, quien disponía de la posibilidad de elaborar el informe en los términos que estimase más procedente. El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

VIGÉSIMO. - El tercer motivo de recurso, por infracción constitucional, denuncia la vulneración del principio acusatorio por no haber especificado el ministerio Fiscal en su escrito los hechos de los que deriva la cooperación necesaria del recurrente en el delito de prevaricación. Conforme a la doctrina de esta Sala (por todas, y entre las más recientes, STS 241/2014, de 26 de marzo y STS 550/2014, de 23 de junio) el principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse, lo que protege especialmente el derecho de defensa. Aunque este principio no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en sentencias ya clásicas núm. 17/1988, núm. 168/1990, núm. 47/199, y en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, consagró una constante doctrina conforme a la cual « los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo » (STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre, entre muchas otras). Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a los aspectos esenciales de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación; y a la pena interesada por las acusaciones (Pleno no jurisdiccional esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006), ya que " el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa ". El principio acusatorio, por lo tanto, y en lo que ahora interesa, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Dicha forma de proceder afecta al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. También lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado. Y desde otro punto de vista, vulnera el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya

que son hechos que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral. En el caso actual se alega que el Ministerio Fiscal no concretó los hechos sustanciales de la acusación al recurrente como cooperador necesario en el delito de prevaricación. Pero esta impugnación carece de fundamento. El escrito de acusación del Ministerio Fiscal concreta en que consistió la intervención del recurrente en los hechos, precisando que fue el recurrente quien impuso, como alto funcionario del departamento, que la contratación se realizase en la forma que había ordenado el ViceConsejero, pese a las protestas de los funcionarios situados en el escalón inferior, relato de hechos que recoge lo sustancial del comportamiento del recurrente, del que deduce la Sala sentenciadora su cooperación a la comisión del delito de prevaricación. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOPRIMERO.- El cuarto motivo, por vulneración constitucional, alega infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia. El motivo reitera las alegaciones formuladas en el correlativo del anterior acusado, por lo que nos remitimos a lo ya expresado al desestimar el mismo. La Sala sentenciadora, como se deduce de la propia lectura de la sentencia impugnada, dispuso de prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonablemente valorada, por lo que el motivo carece de fundamento. El Tribunal sentenciador estimó acreditado, a través de la declaración testifical en el acto del juicio de la Sra. Tomasa, que cuando ésta ya se encontraba preparando los pliegos modelo para la contratación por el procedimiento negociado, que era el legalmente procedente, acudió a su despacho el ViceConsejero manifestándole que no se podía tramitar el contrato por este procedimiento negociado porque llevaba mucho tiempo y él lo quería hacer urgentemente. Tras esta conversación la Sra. Tomasa acudió al despacho del Secretario general y éste le dijo que tenía que hacerse la contratación en la forma que quería el ViceConsejero indicándole que hiciese tres contratos menores de suministro agrupándolos por áreas de servicios sociales. La Sra. Tomasa manifestó su oposición y su renuncia a tramitar la contratación en dichos términos, por no ser el procedimiento legal, por lo que se llamó al Sr. Luis Pablo, subalterno encargado de la contratación menor, se le entregaron los presupuestos y el Secretario General coacusado le indicó que hiciese tres contratos menores por áreas de servicios sociales. La Sala sentenciadora dispuso, en consecuencia, de una prueba documental y testifical directa, incluida la práctica de careos en el propio acto del juicio oral, para valorar personalmente la firmeza de los testimonios, que le permiten tener razonablemente por acreditado que se produjo una contratación en contradicción con la normativa interna de la Consejería y en contra de la normativa sobre contratación pública. Y que esta contratación ilegal solo pudo realizarse gracias a la colaboración del Secretario General Técnico recurrente, que prescindió de las objeciones manifestadas por sus subordinados, y encarriló el procedimiento por una vía ilegal. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado. VIGÉSIMOSEGUNDO.- El quinto motivo, por infracción de ley, denuncia la aplicación indebida del art 404 CP, al estimar que no concurren los elementos normativos del tipo, y concretamente la arbitrariedad de la resolución, por estimar que las tres resoluciones que adoptó el ViceConsejero fueron conformes a derecho, dado que la calificación del contrato era en realidad la de una ejecución menor de obra, y ya que tenía un presupuesto inferior a 50.000 euros era posible la adjudicación directa. Y, aun en el caso de que, como hace la sentencia impugnada, se considere el contrato como de

suministro, estima que no hubo fraccionamiento ilegal. El delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art. 9-1º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho. Por ello, como se recuerda en la STS de 5 de Abril de 2000, "... se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular...". En el caso actual, y como ya se ha expresado, las resoluciones dictadas por el primer acusado con la cooperación del ahora recurrente, que diseñó el procedimiento para ello y se lo impuso a sus subordinados, eran objetivamente contrarias a derecho, en el doble sentido de que se fraccionó el contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que "no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan". Y segundo, como también se ha expresado al resolver el anterior recurso, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación. La contradicción con el derecho se manifiesta, como ya se ha expresado, tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.

VIGÉSIMOTERCERO.- Conviene reiterar, como ya se ha expresado, que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras). Alega la parte recurrente que el procedimiento era el correcto, porque en realidad debería haberse realizado un contrato de obra y no de suministro. Como señala

el Tribunal sentenciador, no es la cuestión administrativa de cuál era la modalidad más procedente de contrato que debería haberse seguido, lo que se plantea en esta causa, sino la cuestión penal de que siguiéndose determinada modalidad de tramitación contractual, los procedimientos exigidos por dicha modalidad fueron alterados arbitrariamente para satisfacer la voluntad del Vice Consejero, imponiendo una urgencia incompatible con el procedimiento legalmente establecido, y una adjudicación predeterminada y digital a un determinado contratista que prescinde de modo absoluto de las garantías propias de la contratación pública. En cualquier caso, y como destaca acertadamente el Ministerio Fiscal, es manifiesto que nos encontramos ante un contrato de suministro, pues lo relevante era la adquisición de las placas o hitos conmemorativos, siendo absolutamente accesoria su colocación. Como establece, por ejemplo, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos de obras, suministro y servicios, "Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación, se considerará un contrato público de suministro". Se alega también que, aun tratándose de un contrato de suministro, la fragmentación esta admitida en determinados supuestos. Pero evidentemente estos supuestos no alcanzan la fragmentación contractual que se realiza precisamente para eliminar las garantías contractuales exigidas por el contrato en su conjunto, es decir con ánimo malicioso de burlar la ley, que es lo que sucede en el supuesto actual. En cualquier caso, la calificación de prevaricación no se atribuye exclusivamente por la fragmentación, sino por la combinación de ausencia de informe propuesta, fragmentación para evitar el procedimiento negociado, y posterior simulación de la presentación de tres presupuestos, encargando todos los presupuestos a un único contratista a quien previamente ya se había decidido adjudicar el contrato, prescindiendo de la posibilidad de que pudiesen presentarse opciones más favorables a los intereses generales. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOCUARTO.- Los motivos sexto y séptimo denuncian error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, y deben desestimarse por las razones ya expuestas, en el motivo correlativo del anterior recurrente. En efecto, el recurrente cita como documentos en el motivo sexto, una serie de expedientes por contrato de obra referidos a la ejecución de monumentos, pero dicha documentación carece de literosuficiencia, pues no es determinante para acreditar ningún error fáctico específico del Tribunal Sentenciador incluido en los hechos probados, y en cuanto a la cuestión de fondo, se refieren a supuestos diferentes, no existiendo coincidencia entre la ejecución de un monumento y el encargo de hitos o placas de piedra para la colocación posterior, de forma accesoria, y en el motivo séptimo se cita como documento un certificado de la Secretaria de Cuentas del Principado de Asturias que indica que la Administración del Principado no formuló alegaciones a las incidencias ocurridas en la adjudicación de estos contratos, lo que tampoco acredita ningún error específico del Tribunal Sentenciador en el relato fáctico, ni tiene virtualidad para modificar el fallo. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOQUINTO.- Los motivos octavo a décimo, por quebrantamiento de forma, han sido renunciados en el acto de la vista oral, por lo que no se hace precisa su resolución expresa.

VIGÉSIMOSEXTO.- El motivo undécimo se formula por vulneración constitucional, por haber elevado el Ministerio Fiscal la pena solicitada a siete años de inhabilitación. Su desestimación se impone porque conforme a lo prevenido expresamente en el art. 404 del Código Penal, la pena de siete años de inhabilitación especial constituye la pena mínima que puede imponerse por delito de prevaricación. Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación de los recursos interpuestos, con imposición de las costas a los recurrentes, por ser preceptivas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Inocencio y por José, contra sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, en causa seguida a los mismos por delito de prevaricación. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Asturias a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.