

Informe 7/2019, de 3 d'octubre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Obligatorietat de l'informe jurídic de la Secretaria en l'aprovació dels expedients de contractació menor de les entitats locals

ANTECEDENTS

I. Des de l'Ajuntament de Cassà de la Selva s'ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre si és preceptiu l'informe jurídic de la Secretaria municipal en l'aprovació d'expedients de contractació menor, tenint en compte el que preveu l'apartat vuitè de la disposició addicional tercera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, i l'article 118 d'aquesta mateixa Llei.

II. D'acord amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe formulades a la Junta Consultiva, s'adjunta a la consulta tramesa l'informe de la tècnica de contractació de l'Ajuntament que concreta les qüestions que es plantegen en els termes següents:

“1.- Es pot considerar que la disposició addicional tercera punt 8 de la LCSP es refereix, entre d'altres, als contractes menors quan es fa esment de ‘...l'aprovació d'expedients de contractació...’, tenint en compte que l'article 118 de la LCSP regula ‘l'expedient de contractació en contractes menors’?

2.- Aquest règim d'obligatorietat en l'emissió d'informe jurídic del secretari s'aplica d'igual manera als municipis de més de 5.000 habitants i als de menys de 5.000 habitants?

3.- L'article 3.4 del RD 128/2018 és aplicable en el cas que ens ocupa, i en conseqüència és suficient una nota de conformitat del secretari?”

III. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Per donar resposta a la consulta plantejada des de l'Ajuntament de Cassà de la Selva, relativa a l'obligatorietat de l'informe jurídic de la Secretaria en l'aprovació d'expedients de contractes menors duts a terme pels ens locals, en primer lloc, convé recordar que les

disposicions addicionals segona i tercera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), contenen una regulació específica de la contractació pública per a l'àmbit local –relativa a “competències en matèria de contractació en les entitats locals” i a “normes específiques de contractació pública en les entitats locals”–, respectivament, i que, d'acord amb l'apartat 1 d'aquesta disposició addicional tercera, les administracions públiques locals han d'aplicar tant les regles contingudes en la LCSP, com les especialitats que es recullen en ambdues disposicions. Així, aquestes dues disposicions addicionals incorporen un seguit de novetats en la regulació de la contractació pública local, entre les quals hi ha, respecte de les funcions dels secretaris i secretàries, determinats casos en què n'és preceptiu el seu informe jurídic.

Literalment, l'apartat 8 de la disposició addicional tercera de la LCSP, amb caràcter de normativa bàsica d'acord amb la seva disposició final primera, disposa que “els informes que la Llei assigna als serveis jurídics els ha d'evacuar el secretari” i que “també és preceptiu l'informe jurídic del secretari en l'aprovació d'expedients de contractació, modificació de contractes, revisió de preus, pròrrogues, manteniment de l'equilibri econòmic, interpretació i resolució dels contractes”.

En relació amb l'obligació d'informar en l'aprovació dels expedients de contractació per part dels secretaris i secretàries municipals, cal constatar que, a més de tractar-se d'una previsió, com s'ha dit, nova, és una obligació addicional en l'àmbit local, en la mesura que els articles 116, 117 i 118 de la LCSP, que regulen el contingut dels expedients de contractació pública i la seva aprovació, amb caràcter general per als contractes de les administracions públiques –en estar continguts en el llibre segon de la LCSP–, no estableixen l'obligació que s'informi pels serveis jurídics respectius en l'aprovació dels expedients. Per tant, amb aquesta nova previsió, la LCSP ha introduït l'exigència d'emissió d'un informe per als contractes subscrits per les entitats locals que no es preveu amb caràcter preceptiu per als contractes de la resta d'administracions.¹

A més, també convé assenyalar que ni l'Informe del Consell d'Estat núm. 1.116/2015, de 10 de març de 2016, ni l'Informe 24/2015, de 17 de setembre de 2015, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, sobre l'Avantprojecte de Llei de contractes del sector públic, fan cap referència a la inclusió d'aquest nou informe en

¹ La disposició addicional segona del text refós de la Llei de contractes del sector públic, precedent de la LCSP vigent, relativa a les normes específiques de contractació en les entitats locals, preveia en l'apartat 8 que “els informes que la Llei assigna als serveis jurídics els ha d'evacuar el secretari o l'òrgan que tingui atribuïda la funció d'assessorament jurídic de la corporació”, sense concretar els actes respecte dels quals era preceptiu i, per tant, sense afegir l'obligació d'informe del secretari o secretària addicional en l'àmbit local.

Cal recordar que en l'article 114 del Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, ja recollia l'informe previ necessari de la secretaria en la interpretació, la modificació i la resolució dels contractes.

l'aprovació dels expedients de contractació en l'àmbit local, malgrat ser una previsió que ja contenia aquest Avantprojecte.²

Després de l'aprovació i entrada en vigor de la LCSP, sí s'ha pronunciat sobre aquesta obligació la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en l'Informe emès en l'expedient 64/2018, de 10 d'octubre de 2018, sobre informes als plecs en les corporacions locals, afirmant que la norma està establint l'elaboració necessària d'un informe jurídic nou del secretari o secretària municipal, addicional al que ha d'emetre sobre els plecs de conformitat amb l'article 122 de la LCSP, que ha de valorar l'expedient en la seva totalitat, i que, no obstant això, per economia processal, ambdós informes que ha d'emetre el secretari es poden "verificar en un sol tràmit"³. Tanmateix, en aquest informe no s'efectua cap referència expressa ni cap anàlisi específica respecte de l'aplicació d'aquesta nova obligació en la contractació menor.

Així, un cop constatada l'obligatorietat de l'informe jurídic del secretari o secretària en l'aprovació dels expedients en la contractació pública duta a terme pels ens locals, com a novetat addicional, respecte de la regulació anterior i respecte dels contractes de la resta d'administracions públiques, la qüestió que cal analitzar és si es pot entendre exceptuada la seva exigència per al cas dels contractes menors, malgrat la literalitat de la disposició addicional tercera, que té per objecte establir "normes específiques" de contractació pública a les entitats locals i que l'estableix sense preveure cap distinció en funció de la tipologia o del valor estimat dels contractes⁴.

II. L'expedient de contractació dels contractes menors està regulat en l'article 118 de la LCSP en el qual es fixa el seu contingut mínim incorporant, com a novetat respecte de la regulació anterior i pel que fa als informes necessaris en la seva tramitació, l'exigència de

² Tampoc la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en l'Informe 8/2015, de 20 de maig, sobre l'Avantprojecte de llei de contractes del sector públic, es pronuncia sobre aquesta nova obligació, malgrat fer al·lusió específica a aquest apartat 8 de la disposició addicional tercera –per assenyalar que no considera adequat traslladar les obligacions de transparència als secretaris i secretàries.

³ En aquest Informe també s'assenyala que «el literal del precepto apunta a interpretar que el informe preceptivo al que alude la DA 3ª va más allá de este informe ya previsto para los pliegos y no sólo porque el término "también" es suficientemente expresivo de la intención del legislador, sino porque además el ámbito del informe alcanza al expediente de contratación en su conjunto frente a la mera aprobación de los pliegos y de los modelos de pliego». En aquest sentit, s'especifica que s'ha de tractar d'un informe jurídic, que ha d'estendre's a la valoració de la conformitat amb l'ordenament jurídic del conjunt de documentació preceptiva de l'expedient de contractació, que ha de contenir un pronunciament crític, favorable o desfavorable, sobre l'adequació de la proposta a la norma en qüestió, i no ha de ser un informe merament descriptiu.

⁴ Cal assenyalar que, en canvi, en la pròpia disposició addicional tercera de la LCSP sí s'excepciona expressament l'aplicació als contractes menors d'alguna de les normes que estableix –a l'apartat 3, en relació amb els actes de fiscalització–, a diferència del que succeeix amb l'obligació de l'informe jurídic que s'analitza.

“l'informe de l'òrgan de contractació que motivi la necessitat del contracte”⁵.

Així mateix, estableix, com ja es feia en la regulació anterior, quina documentació ha de contenir –aprovació de la despesa; pressupost i, si escau, el projecte i l'informe de supervisió per als contractes menors d'obres; i la factura corresponent– incorporant, també com a novetat, la necessitat que en l'expedient consti la justificació que no s'està alterant l'objecte del contracte per evitar l'aplicació de les regles generals de contractació i que el contractista no ha subscrit més contractes menors que individualment o conjuntament superin la xifra dels contractes menors.

Així, aquest article 118 de la LCSP regula l'expedient dels contractes menors, com a règim especial enfront de la regulació general recollida en l'article 116 de la LCSP, ampliant-ne el contingut respecte de la regulació anterior i establint els informes que es requereixen per a la “tramitació de l'expedient”⁶. Pel que fa a l'aprovació de l'expedient, regulada en l'article 117 de la LCSP amb caràcter general –règim general que alhora està afectat pel règim específic establert en la disposició addicional tercera de la LCSP per a les entitats locals–, l'article 118 de la LCSP no en concreta el règim per als contractes menors, ni tampoc quan s'entén produïda, en no requerir-se per a aquests contractes una resolució motivada específica a aquests efectes, a diferència del que succeeix per a la resta de contractes no menors.⁷

En un altre ordre de consideracions cal tenir present, tant l'objectiu establert a la pròpia

⁵ Tal com ja ha assenyalat aquesta Junta Consultiva en l'Informe 1/2018, de 20 d'abril, amb aquesta previsió s'estén expressament als contractes menors l'obligació d'incloure en els expedients dels contractes del sector públic l'informe justificatiu de la necessitat, establerta per la legislació en matèria de contractació pública anterior i en l'article 28.1 de la vigent LCSP amb caràcter general per a tots els contractes. A més, respecte d'aquesta obligació, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat ha afirmat, en l'Informe emès en l'expedient 42/2017, que l'informe de l'òrgan de contractació que motivi la necessitat del contracte ha de tenir un contingut substantiu i propi i l'ha de signar el titular de l'òrgan de contractació.

⁶ Respecte del contingut mínim que ha de reunir l'expedient dels contractes menors de conformitat amb la LCSP s'han pronunciat diversos òrgans consultius específics en matèria de contractació pública –com el d'Andalusia en l'Informe 13/2018, de 8 d'octubre de 2018; el de València en l'Informe 8/2018, de 15 de juny; i el de Galícia en l'Informe 1/2018, de 25 d'abril– com també l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació, en la Instrucció 1/2019, de 28 de febrer, si bé fent tots ells referència al contingut fixat per l'article 118 de la LCSP i sense al·ludir a l'informe del secretari o secretària en l'àmbit local.

També la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat ha enumerat els tràmits previs a la realització de la prestació en el cas de contractes menors sense incloure cap referència a l'informe de la Secretaria en l'aprovació de l'expedient, tot i tractar-se de l'informe emès en l'expedient 68/2018, sobre la “DA 3ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y contratos menores” i, per tant, específic de contractes menors d'entitats locals, si bé l'objecte d'anàlisi de l'informe són qüestions relatives a la despesa.

⁷ Certament, mentre que en els procediments dels contractes no menors la fase interna de tramitació de l'expedient culmina amb la resolució d'aprovació, que alhora disposa l'obertura de la fase externa i implica l'aprovació de la despesa, en els contractes menors la tramitació de l'expedient no requereix aquest acte administratiu exprés i específic.

exposició de motius de la LCSP, de reduir “la contractació directa a situacions extraordinàries”, com la finalitat que té la nova regulació dels contractes menors continguda en la LCSP, d'evitar el fraccionament de l'objecte dels contractes, evitar que es cobreixin necessitats recurrents o periòdiques a través de contractes menors, bé per una planificació incorrecta o bé per un mal ús d'aquests contractes, i evitar l'adjudicació directa de contractes menors de manera reiterada a la mateixa empresa.⁸

És en aquest sentit que, malgrat no oblidar que la finalitat d'aquest tipus contractual és fer possible una satisfacció ràpida de determinades necessitats a través d'un procediment àgil i senzill, atesa l'escassa quantia i la durada temporal dels contractes mitjançant els quals es pretenen cobrir⁹, pren més importància ara en aquesta tipologia contractual el control de legalitat que hagi de dur a terme la persona que tingui atribuïda les funcions d'assessorament jurídic a l'òrgan de contractació, en el cas que s'analitza, el secretari o secretària municipal.

Així, cal entendre que l'obligació prevista en la disposició addicional tercera de la LCSP no es pot considerar exceptuada per al cas dels contractes menors, principalment pel tenor literal de la disposició, que no dona lloc a interpretacions –en establir-se, com s'ha dit, en l'aprovació dels expedients de contractació en l'àmbit local sense cap distinció en funció del valor estimat dels contractes–; com també a la vista de la nova regulació de la contractació menor, que n'amplia les exigències per a la seva utilització –i en conseqüència el contingut de l'expedient– en pro de la seva utilització correcta, de la seguretat jurídica i de la garantia de la integritat. En tot cas, i amb la idea que aquests contractes segueixin complint amb la finalitat de possibilitar una satisfacció ràpida de determinades necessitats a través d'un procediment àgil i senzill, quan procedeixi la seva utilització i sigui la figura més idònia per assolir-la, es considera adient insistir en la possibilitat que l'informe jurídic en l'aprovació de l'expedient que ha d'emetre el secretari o la secretària es dugui a terme juntament, en un únic document, amb els altres pronunciaments jurídic que, si escau, s'emetin respecte de l'expedient¹⁰.

III. Pel que fa a la consulta relativa a si el règim d'obligatorietat en l'emissió d'informe

⁸ Així ho han assenyalat diversos òrgans consultius específics en matèria de contractació pública, com la Junta de l'Estat, en els informes 41/2017, 42/2017 i 111/18; la d'Aragó, en l'Informe 3/2018, de 13 de febrer; la de la Comunitat de Madrid, en l'Informe 1/2018, d'11 d'abril; i aquesta mateixa Junta Consultiva en l'Informe 1/2018, de 20 d'abril.

⁹ La finalitat dels contractes menors ha estat analitzada per diversos òrgans consultius en matèria de contractació pública i per aquesta Junta Consultiva, entre altres, en l'Informe 14/2014, de 22 de juliol, sobre “contractació de prestacions per cobrir necessitats de caràcter recurrent o periòdic. La contractació menor i la prohibició de fraccionament de l'objecte dels contractes del sector públic”.

¹⁰ En l'Informe de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat emès en l'expedient 64/18, ja esmentat, s'assenyala respecte d'aquesta possibilitat –si bé en relació amb licitacions que es regeixen per plecs–, que “la propia dinámica del procedimiento de preparación del contrato público permite razonablemente no separar ambos actos e informar, en pronunciamientos distintos y mediante informes distintos, sobre las dos cuestiones que corresponden a la competencia del Secretario en este punto. La propia celeridad del procedimiento puede aconsejarlo en determinados casos”.

jurídic del secretari o secretària s'aplica d'igual manera als municipis de més de 5.000 habitants i als de menys de 5.000 habitants, cal assenyalar que, si bé tant la disposició addicional segona com la tercera de la LCSP incorporen tractaments diferents per a diverses de les especificitats de la contractació d'àmbit local, en funció de si es tracta de municipis de més o menys de 5.000 habitants, en l'apartat 8 de la disposició addicional tercera no es dona aquest tractament diferenciat en funció del nombre d'habitants dels municipis, respecte de l'obligació d'emissió d'aquest informe.

Respecte d'aquesta obligació només s'estableix l'especialitat que correspon al titular de l'assessoria jurídica d'emetre l'informe en els municipis de gran població, de conformitat amb el que preveu la disposició addicional vuitena de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local¹¹.

Per tant, l'obligació d'emetre informe jurídic de la Secretaria de les entitats locals, establerta a l'apartat 8 de la disposició addicional tercera de la LCSP, s'aplica amb independència del nombre d'habitants del municipi, si bé en municipis de gran població en comptes d'emetre'l el secretari o la secretària l'ha d'emetre la persona titular de l'assessoria jurídica.

IV. Finalment, la darrera consulta formulada planteja la possibilitat d'aplicació de l'article 3.4 del Reial decret 128/2018, de 16 de març, pel qual es regula el règim jurídic dels funcionaris de l'Administració local amb habilitació de caràcter nacional, en el cas de l'informe que s'analitza. Aquest precepte disposa literalment que "L'emissió de l'informe del secretari pot consistir en una nota de conformitat en relació amb els informes que hagin emès els serveis del mateix ajuntament i que figurin com a informes jurídics a l'expedient."

Respecte d'aquesta consulta cal assenyalar que, si bé no es tracta d'una qüestió que tingui per objecte l'anàlisi de la normativa, ni de la doctrina i la jurisprudència en matèria de contractació pública, de manera que no en procediria un pronunciament per part d'aquesta Junta Consultiva de Contractació, tenint en compte l'efecte que pot tenir per garantir l'agilització dels contractes menors, la possibilitat de substituir l'informe del secretari o secretària per una nota de conformitat, es considera adient i, fins i tot, necessari per als contractes de quantia més baixa, recórrer a dita possibilitat sempre que

¹¹ La disposició addicional tercera de la LCSP remet a la disposició addicional vuitena de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, en la qual es regulen les especialitats de les funcions corresponents als funcionaris de l'Administració local amb habilitació de caràcter nacional als municipis de gran població i als cabildos insulars canaris, que estableix que "Les funcions que la legislació sobre contractes de les administracions públiques assigna als secretaris dels ajuntaments corresponen al titular d'assessoria jurídica, llevat de les de formalització dels contractes en document administratiu (lletra e)"; i l'article 121.1 de la mateixa Llei 7/1985 disposa que són municipis de gran població: a) municipis la població dels quals superi els 250.000 habitants; b) municipis capitals de província la població de les quals sigui de més de 175.000 habitants; c) municipis que siguin capitals de província, capitals autonòmiques o seus de les institucions autonòmiques; d) municipis la població dels quals superi els 75.000 habitants, que tinguin circumstàncies econòmiques, socials, històriques o culturals especials –en els casos c i d, s'exigeix que ho decideixin així les assemblees legislatives corresponents a iniciativa dels ajuntaments respectius.

es compleixi el supòsit de fet que el precepte determina. En aquest sentit, es requeriria que l'informe que ha de constar en la tramitació de tots els contractes menors de conformitat amb l'article 118 de la LCSP fes referència als extrems que hi conté, així com a l'adequació a la LCSP de tots els elements que el configuren.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula la següent

CONCLUSIÓ

L'informe jurídic preceptiu de la Secretaria en l'aprovació d'expedients de contractació de les entitats locals es preveu a la disposició addicional tercera de la LCSP per a tots els expedients de contractació, sense exceptuar els expedients dels contractes menors, i amb independència del nombre d'habitants del municipi, si bé en els de gran població l'ha d'emetre la persona titular de l'assessoria jurídica.

L'aplicació en aquests casos de la possibilitat prevista en la normativa reguladora del règim jurídic dels funcionaris de l'Administració local amb habilitació de caràcter nacional, de substituir l'informe del secretari per una nota de conformitat es considera adient i, fins i tot, necessària, per preservar l'agilitat que ha de caracteritzar els contractes menors.

Barcelona, 3 d'octubre de 2019