

## A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público



### A propósito del debate sobre la desaparición de las instrucciones de contratación y de los procedimientos de adjudicación aplicables.

07/02/2018

La LCSP de 2017, en su texto definitivo, ha incorporado decisiones radicalmente distintas frente a la regulación precedente. Lo que es muy evidente en la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública (como ya advertimos). Así, frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así el modelo del artículo 191 TRLCSP relativo a las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)<sup>1</sup>, se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no a armonizado (artículo 318 LCSP/2017)<sup>2</sup>.

La redacción de del precepto es indubitada: desaparece, pues la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador 'artículo 321 LCSP/2017 - o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales -ex artículo 3 LCSP/2017-).

Se pone fin a una 'deslegalización procedimental' que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento &mdash;por inadecuada concurrencia&mdash; de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el 'caos' regulatorio de los distintos procedimientos de licitación<sup>3</sup>. No puede olvidarse que en el 'océano proceloso' de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas, ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.

De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos.

No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función 'ad intra' para regular los aspectos organizativos de la contratación (competencias, mesas, contenido del expediente, tramitación urgente, etc.). De ahí que exista una Disposición transitoria obligando a su adaptación.

Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

Pese a la claridad del precepto, por comparación con la regulación inicial del Proyecto que se remite a las Cortes Generales, que mantenía el sistema (obligatorio) de Instrucciones, han surgido ciertas dudas interpretativas que son objeto de aclaración en el muy interesante Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado. En relación a la posible 'supervivencia' de las Instrucciones, niega con rotundidad dicha posibilidad:

'Como ya se ha indicado, es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley ("En el Libro III se recoge la regulación de /os contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es /a supresión de las instrucciones de contratación ...". "En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para /os

contratos no sujetos a regulación armonizada /as instrucciones en el caso de /os poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones&hellip;").

Resulta, pues, clara la voluntad del legislador de poner fin, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, a la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, procedimientos que, bajo la vigencia del TRLCSP, han llegado a ser tantos y tan diversos como cuantos se regulan en las Instrucciones Internas que han ido aprobando este tipo de entidades. Siendo claro el mandato del legislador, también ha de ser clara la consecuencia: desde la entrada en vigor de la LCSP los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191.b) del TRLCSP.

La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable sólo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en la Sección 2ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

En caso de aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponible frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante, ni requieren tampoco el informe de la Abogacía del Estado, informe que, en caso de llegar a solicitarse y emitirse al amparo de los convenios de asistencia jurídica suscritos, debería aclarar esta eficacia meramente interna y organizativa'. (negrita nuestra).

Es decir, los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública deben aplicar los mismos procedimientos de contratación de las Administraciones (lo que es coherente con un modelo funcional de poder adjudicador).

Nada altera, ni puede alterar, el que exista una Disposición Transitoria Quinta que hable de la adaptación de las Instrucciones existentes. En primer lugar, porque esta Disposición Transitoria ya existía en el texto del Proyecto cuando se preveían las Instrucciones (lo que justificaba su existencia). En segundo lugar, en modo alguno una norma transitoria puede servir para reinterpretar una norma de carácter sustantivo tal clara en su redacción, como lo es el artículo 319 LCSP, y en su verdadera finalidad. Una interpretación tanto literal, como teleológica, ex art. 3 del Código Civil, conduce de forma ineludible a la interpretación 'auténtica' relativa a la desaparición de las Instrucciones como técnica de regulación de procedimientos de contratación para estos entes no Administración pública en los importes no armonizados. Así lo entiende también el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado al afirmar que:

'La disposición transitoria quinta de la LCSP, con una redacción ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, establece que "Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos". La alusión en dicha disposición transitoria a "los entes a los que se refiere el Título Tercero" resulta ciertamente equívoca, pues no aclara a qué Libro de la LCSP se entiende referido ese Título Tercero. Sólo los Libros Primero y Cuarto de la LCSP cuentan con sendos Títulos terceros, aunque ninguno de los mismos resultaría aplicable al caso, si se atiende a su contenido (el Título 111 del Libro Primero se refiere al "Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión", y el Título 111 del Libro Cuarto regula la "Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos"). Por su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo a un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir, pese a su literalidad, al "Libro" Tercero de la LCSP. Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318, no debería referirse a los entes regulados en dicho "Título" (Libro), sino tan sólo a los poderes no adjudicadores (Título 11 del Libro Tercero), que son los

únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (artículo 321.1), y los únicos a los que, en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.

Sea como fuere, una norma de derecho transitorio como la que se examina no define el derecho sustantivo aplicable, sino que regula los efectos temporales del propio derecho sustantivo. Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y sólo subsisten respecto de los poderes no adjudicadores que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública desde la entrada en vigor de la LCSP'. (negrita nuestra).

Por otra parte, como argumento sistemático, conviene advertir que el artículo 319 establece la obligación de extender las obligaciones sobre modificación, pagos, subcontratación y extinción a estos poderes adjudicadores no Administración pública, en aras a una uniformidad también en la ejecución del contrato. Por lo que no sería coherente con esta decisión la supervivencia de regulación dispersa mediante instrucciones de estos poderes adjudicadores. Además, la extensión del recurso especial a importe no armonizados es un argumento adicional sobre esta uniformidad procedimental, pues no parece lógico (ni lo pretende el legislador) obligar a los distintos órganos de recursos contractuales a realizar su función jurisdiccional con criterios diversos en función de la existencia de Instrucciones para los PANAPS en estos importes (conviene advertir que, para los PANAPS, el legislador, mediante art. 44.6 LCSP/2017 ha querido residenciar la impugnación de aquellos actos que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación en la Administración de adscripción o tutela, acudiendo para ello a la figura del recurso de alzada impropio).

En conclusión, los poderes adjudicadores no administración pública, en los contratos no armonizados no pueden regular (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa ad intra (criterio ya aplicado en el Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Desde esta lógica, la previsión del artículo 318 LCSP es de aplicación a todo PANAP. Y sobre cómo se interpreta su contenido es muy clara (y compartimos), la interpretación de la Abogacía del Estado:

'A juicio de este Centro Directivo, del artículo 318.b) y del fragmento del Preámbulo de la LCSP que se ha transcrito resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, para los contratos que celebren con un valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre "los mismos" procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP). Ello implica una remisión in totum a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación), serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159, y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado artículo 159), habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicio, en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80.000 euros, en el caso de obras, y a 35.000 euros, en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP), así como su caracterización y objeto.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP se desprende la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas al régimen de contratación

propio de éstas, lo que se manifiesta en:

1.- La aplicación en bloque de las normas de la LCSP (secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro 11) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recoge el artículo 190 del todavía vigente TRLCSP;

2.- La supresión de las Instrucciones Internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos sujetos a regulación armonizada, "estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable" en el artículo 318.b de la LCSP, lo que se concreta en que "deben adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que sólo podrá hacerse uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones".

3.- La admisión expresa de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, como contratos menores.

Por ello, en relación a los contratos menores (que es un procedimiento simplificado de contratación), a la vista del tenor del artículo 318 LCSP, los PANAPS deben estar a las mismas exigencia generales. Conforme a lo que hemos venido explicando, puede afirmarse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) LCSP/2017 son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP.

Y así lo argumenta el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado que recuerda que:

'El artículo 318.a) no emplea, nominatim, el término "contratos menores", y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos "podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato" (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores'.

Y, por ello, concluye que:

'El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, habida cuenta de que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo, "diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro", "persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad'.

Por lo expuesto, procede concluir en este primer punto que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto'.(negrita nuestra).

En definitiva, la uniformidad jurídica es, sin duda, una de las principales medidas de transparencia, de seguridad jurídica y de simplificación normativa (y facilita la necesaria transición electrónica), que exige una interpretación de la LCSP alineada con este objetivo. La diferenciación entre poder adjudicador administración pública/ no administración pública y contrato armonizado/no armonizado pierde relevancia jurídica y avanza hacia una nueva cultura de la contratación pública más íntegra y eficiente.

[Instrucción 2/2018, Abogacía del Estado - Descargar PDF](#)

====

1 No es esa la opción del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra (tramitación iniciada Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo y actualmente en proceso de participación), que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza como Administración pública, o no, del poder adjudicador.

2 Esta fue, por lo demás, una de las Propuestas del Documento elaborado por el Observatorio en relación al proyecto de Ley.

3 Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), per se, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado 'cerrado' claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.