

LA PARTE GENERAL DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES

José Carlos Castiñeira Piñeiro

Secretario de la Administración Local
Ayuntamiento de Pontevedra

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Diploma de Especialización con aprovechamiento, del I Curso de Especialización en Contratación Pública Local, celebrado durante el año 2009 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

ÍNDICE:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO DE EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN
- III. CONTENIDO DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a analizar la regulación actual de la parte general del expediente de contratación en el ámbito local. Cuando se utiliza la expresión, “parte general”, lo que se quiere transmitir es que no se va a comentar las especialidades de los distintos expedientes (como los contratos menores) y de los distintos negocios jurídicos; ni tampoco las actuaciones preparatorias de cada contrato, sino aquello que es común o general. También se excluye de este comentario la tramitación abreviada del procedimiento, refiriéndonos únicamente a la ordinaria.

Con carácter inicial, puede afirmarse que la regulación normativa del expediente de contratación es manifiestamente mejorable, con múltiples problemas que veremos a lo largo de este comentario. El legislador y el poder ejecutivo no han dado, por un

lado, una respuesta clara, precisa y suficiente a una cuestión tan importante, como es la del procedimiento (tanto en su concepto como actuaciones que lo integran), en un ámbito, como es el contractual, que mueve anualmente millones de euros y cuyos errores van a repercutir en un mayor gasto público; y por otro, no tienen en cuenta en su ordenación las peculiaridades y la realidad local.

El primer problema que surge, si uno examina la Ley 30/2007, de contratos del sector público (en adelante LCSP), es que no existe un concepto claro de lo que se debe entender por expediente de contratación, a pesar de que es clave para una correcta formación y manifestación de la voluntad contractual. Así, el título del artículo 93 de la LCSP utiliza un concepto, mientras que de los artículos 95 y 96 de la LCSP se deduce uno más amplio. Este aspecto, no nos debe sorprender, si tenemos en cuenta que una de las características de la LCSP, es la falta de rigor terminológico; una de cuyas manifestaciones la constituye, precisamente, el expediente contractual.

El eje central de nuestro comentario se centrará en la mayor dificultad que presenta este tipo de expedientes, como es, el que no están establecidos, de modo claro y preciso los documentos y actuaciones que tienen que integrarlo; ni el orden en el que deben incorporarse. Todo expediente para ser calificado como tal, necesariamente, y en todo caso, debe reunir una característica: **orden**. Sin orden no hay expediente, de ahí la importancia que reviste saber cuáles son las actuaciones que se deben añadir a todo procedimiento y en qué momento se deben realizar. Expondremos, cuáles deben ser esas actuaciones, teniendo en cuenta (a diferencia del poder normativo) el ámbito local, especialmente en los municipios más pequeños. Al mismo tiempo, analizaremos los problemas que implica la aplicación de la rígida normativa a la esfera local.

Pero antes de entrar a analizar el expediente de contratación, debemos referirnos a cuáles son las principales normas que están llamadas a regular este aspecto central de la contratación. No es aquí el lugar en el que se debe estudiar de forma profusa el orden de fuentes en la esfera contractual local, sino, que nos limitaremos a exponerlo. Desde nuestro punto de vista, el orden de fuentes en el ámbito contractual local, está constituido por:

- a) La Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL). Esta es la norma central y eje de toda la normativa local (dejando al margen obviamente la CE), y por lo tanto, la primera que se deberá observar, cualquiera que sea el ámbito concreto al que hagamos referencia.
- b) En segundo lugar, estaría la legislación básica estatal, de conformidad con el artículo 149.1.18 de la CE, que estaría formado por un lado, por los preceptos básicos de la LCSP y Reglamento 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), así como por los artículos básicos del Texto Refundido 781/1986, de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y del Reglamento 2568/1986, de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF). En esta posición, también está el Texto Refundido 2/2004, de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en adelante TRLHL).
- c) En tercer lugar, por la legislación autonómica, que, en el caso de Galicia, estaría constituida por la Ley 5/1997 de Administración Local de Galicia.

- d) En cuarto lugar, por la normativa estatal citada que no tenga carácter básico, a excepción del ROF. No es el momento de entrar a comentar la posición de los Reglamentos orgánicos y el ROF, pero la opinión mayoritaria es que prevalece el Reglamento orgánico local en todo lo que no tenga carácter básico.
- e) Y por último los reglamentos orgánicos (sin perjuicio de lo expuesto con respecto al ROF) y ordenanzas locales.

No debe olvidarse tampoco la disposición final octava de la LCSP, cuando establece la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC), a los procedimientos regulados en ella y su normativa de desarrollo.

La normativa expuesta es la principal, pero no única, porque pueden existir otras normas que incidan en aspectos de la contratación local (por ejemplo, el Estatuto de Trabajadores, etc)

II. CONCEPTO DE EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

La LCSP no establece un concepto de expediente de contratación, sin embargo, sí se refiere a él en múltiples preceptos. No obstante, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en informe 31/2005, lo define como *“el conjunto de actuaciones a través de las cuales la Administración forma su voluntad contractual mediante la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos”*. La definición doctrinal no se puede considerar acertada y menos en el contexto en que lo hizo. La Junta Consultiva, en este informe, analiza, si en el expediente de contratación, tiene que existir un acuerdo expreso de inicio, llegando a la conclusión negativa. La Junta Consultiva basa su postura en los siguientes motivos:

- a) En la legislación contractual actual¹, a diferencia de la anterior Ley de contratos del Estado de 1965, se suprimió la palabra “acuerdo” al referirse al inicio del expediente (tanto en la LCSP como en el Texto Refundido 2/2000, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se dispone que el expediente se *“iniciará por el órgano de contratación”* y no por acuerdo del órgano de contratación), y *“esta supresión responde a razones de índole práctico y de simplificación procedimental”*, ya que con ello se da cumplimiento a los *“principios de economía, celeridad y eficacia”*, principios que rigen la contratación administrativa de conformidad con la LPC.
- b) El segundo motivo, es que el acto central del expediente de contratación lo constituye la aprobación del mismo y no su inicio.

No compartimos la posición de la Junta Consultiva, tanto en lo que se refiere al concepto, como a la necesidad de que no exista un acuerdo de inicio en los expedientes de contratación.

¹ El informe de la Junta Consultiva de Contratación analiza la legislación vigente cuando se emitió el informe (Texto Refundido 2/2000 de la Ley de Contratos de las Administraciones), pero en el concreto aspecto al que nos referimos, del inicio del expediente, no varía nada la expresión utilizada por el artículo 67.1 del Texto Refundido 2/2000 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la que emplea el artículo 93.1 de la LCSP (*se iniciará por el órgano de contratación*). A esto únase que el artículo 73.1 del RGLCAP, vigente en la fecha del informe y actualmente, se refiere al inicio del expediente por el órgano de contratación.

El órgano consultivo olvida la esencia de todo expediente: **el orden**. Un expediente no es un conjunto de documentos, es, ante todo, un conjunto ordenado y estructurado de documentos que deben producirse en un momento determinado, tanto desde la perspectiva legal, como de la oportunidad. Afirmar, como hace el órgano consultivo estatal, que no tiene que haber un acuerdo expreso de inicio, y que lo esencial es la aprobación del expediente, significa desnaturalizar la esencia del procedimiento.

El artículo 68 de la LPC (de aplicación supletoria en materia contractual) establece que los procedimientos se inician de oficio, o a solicitud de la persona interesada. En los expedientes iniciados de oficio, el artículo 69 de la LPC dispone que “*se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente*”. Este precepto establece, de modo claro, la necesidad de un acuerdo. Aunque la legislación contractual no emplea la expresión acuerdo, éste debe existir por imposición supletoria de la LPC. El inicio de un expediente no significa negar los principios de economía, celeridad y eficacia, sino todo lo contrario, contribuye a afirmarlos y garantizarlos. La LPC contempla la plena convivencia y necesidad del acuerdo de inicio y de los principios citados anteriormente.

Entender que, el acuerdo de aprobación del expediente es fundamental, no significa que no se deban dictar otros actos administrativos a lo largo del procedimiento. En todo expediente existen una pluralidad de actuaciones, unas más y otras menos importantes, pero todas necesarias, porque sin ellas, no se cumpliría la finalidad de todo procedimiento: **garantizar que la voluntad de la Administración se forma de la mejor manera para satisfacer los intereses públicos.**

La necesidad de la existencia de un acuerdo expreso de inicio del expediente de contratación, lo ha puesto de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña en informe 6/2005, así como el Tribunal de Cuentas en el Acuerdo del Pleno, de 30 de marzo de 2005, que aprueba la instrucción relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos celebrados por las entidades del sector público local. Posturas que compartimos enteramente por lo expuesto anteriormente.

Para perfilar la definición de expediente de contratación, quizá, el mejor camino, sea analizar los dos conceptos que lo integran: expediente y contratación.

A) Expediente

Curiosamente, es en el ámbito local donde nos encontramos una definición normativa de expediente. El artículo 164 del ROF señala “*1. Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarlas.*

2. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación.”

Para referirnos al expediente, vamos a tener en cuenta en gran parte a la REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS², que como expone, aunque se utilicen como sinónimos las palabras “expediente” y “procedimiento”, responden a realidades diferentes (en este aspecto, se cita expresamente a NUÑEZ MAROTO, H, que ya expuso esta diferencia). El expediente hace referencia “a la materialización documental del procedimiento o, más expresivamente, la expresión o reflejo documental” (REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS³). En efecto, el expediente refleja documentalmente lo que es el procedimiento. El procedimiento es el conjunto ordenado, estructurado y total de actos que dicta una Administración a través de los cuales forma su voluntad y las diligencias encaminadas a ejecutarlas. A esa definición, en el ámbito local, le añadiríamos la necesidad de que las hojas que lo integren estén foliadas y rubricadas por los funcionarios encargados de su tramitación, como exige el artículo 164.2 del ROF

De lo expuesto, se puede definir el expediente, en el ámbito local, como la expresión documental foliada y rubricada por los funcionarios encargados de su tramitación del conjunto ordenado, estructurado y total de actos que dicta una Administración Pública Local, a través de los cuales forma su voluntad y las diligencias encaminadas a ejecutarlas.

De esta definición podemos extraer los elementos nucleares que integran el concepto de expediente en el ámbito local (EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS, en el libro antes citado, hace referencia a las tres notas que caracterizan el concepto: “literalidad”, “totalidad” y “agregación o incorporación sucesiva y ordenada”, a la que nosotros le añadimos tres más):

- a) El expediente, como expusimos, es o supone la exteriorización del procedimiento. Es cierto que son conceptos diferentes, y que suelen utilizarse como sinónimos, pero no debe olvidarse que responden a una misma realidad desde dos perspectivas: el expediente, materializa formalmente y externamente las actuaciones de la Administración dirigidas a dictar resoluciones y ejecutarlas; y el procedimiento, hace referencia a las actuaciones que lo integran.
- b) El procedimiento siempre es un conjunto ordenado y estructurado de actos y actuaciones. El orden implica sucesión. La mera suma o conjunto de actos no es procedimiento. El procedimiento debe ser un conjunto de actos dirigidos a formar correctamente la voluntad de la Administración. El ROF exige “agregación sucesiva”, y eso quiere decir, que, si los actos que se producen no se incorporan en el momento legal precedente, no se estará respetando la

² REDACCIÓN DEL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. 3ª edición, 2005. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY). En este libro se realiza un magnífico análisis del artículo 164 del ROF. Se cita a NUÑEZ MAROTO, H. para diferenciar entre procedimiento y expediente, citando a su libro “Sobre el concepto de expediente”, en CAJ, nº 12, de 30 de junio de 1972, págs. 716 a 718.

³ REDACCIÓN DEL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, 3ª edición, 2005. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY).

esencia de todo expediente, y se estará infringiendo una disposición de especial relevancia, lo que conllevará que no se podrá formar correctamente la voluntad del Ente.

- c) La totalidad. La totalidad hace referencia a que lo integren todos los documentos que van desde el acuerdo de inicio hasta el último acto o actuación que haya que realizar.
- d) Todo procedimiento exige una pluralidad de actos. No existe procedimiento, si solo existe un acto o diligencia, de ahí la necesidad de que a lo largo del mismo se incorporen los distintos actos que se producen.
- e) Hay dos requisitos formales de los expedientes en el ámbito local. Esos no son otros, que todos los documentos, que reflejan las actuaciones del procedimiento, estén foliados y rubricados por los funcionarios encargados de su tramitación. Esta exigencia constituye una triple garantía: a) asegura que sólo se puedan incorporar documentos por funcionarios legitimados para ellos, b) garantiza que el expediente esté ordenado siempre y en todo momento y c) evita posibles omisiones de la documentación necesaria

B) La contratación

La contratación puede entenderse, en un sentido amplio, como todo lo referente a esta esfera de esta acción administrativa. Si se concibiese así, todo expediente relacionado con la contratación constituiría un expediente de contratación. Sin embargo, esto no es así, por lo menos íntegramente.

Como expone MARINA CAMPUZANO MUÑOZ,⁴ la LCSP utiliza la expresión de expediente de contratación en múltiples ocasiones. Entre ellos cita, los artículos 37.7, 94.1 y 94.2 de la LCSP. La expresión de expediente de contratación ya aparece como título de la sección 1, del capítulo I, del título I del libro II. En esta sección se hace referencia al expediente de contratación en las tres tramitaciones posibles: ordinaria, urgente y emergente. Dentro de esta sección, destaca el artículo 93 de la LCSP, que lleva por título "*expediente de contratación: iniciación y contenido*", siendo el único artículo que lleva por rúbrica este título en la LCSP. Este último precepto, nos puede hacer pensar, que el expediente de contratación comprende desde el inicio hasta el momento anterior a la resolución de aprobación de este, sin embargo esto no es así (MARINA CAMPUZANO MUÑOZ⁵).

En todo caso, consideramos que no existe un rigor en la LCSP a la hora de utilizar este concepto, igual que en el RGLCAP.

De conformidad con los artículos 93 y 94 de la LCSP, el expediente de contratación abarcaría hasta la resolución de aprobación del expediente. Sin embargo, existen otros preceptos que nos pueden llevar a pensar que abarca más trámites.

El artículo 95 de la LCSP, a propósito de los contratos menores, incluye, dentro del expediente de contratación, la incorporación de la factura, aspecto que forma parte

⁴ CAMPUZANO MUÑOZ, Marina, en: Comentarios a la Legislación de Contratación Pública, Tomo 2. Coordinador: Jiménez Aparicio, Emilio. Editorial Aranzadi, S.A.

⁵ CAMPUZANO MUÑOZ, Marina, en: Comentarios a la Legislación de Contratación Pública, Tomo 2. Coordinador: Jiménez Aparicio, Emilio. Editorial Aranzadi, S.A.

de los efectos del contrato y, también, aparece mencionado el presupuesto de obras y proyecto, facetas que forman parte de las actuaciones preparatorias del contrato.

Los artículos 96 y 97 de la LCSP se refieren, respectivamente, a la tramitación del expediente urgente y de emergencia. En estos preceptos, se regulan aspectos que exceden del ámbito del expediente fijado por los artículos 93 y 94 de la LCSP (inicio-resolución de aprobación). Así, por ejemplo, el artículo 96.2.b) de la LCSP regula cuestiones del procedimiento de adjudicación y el artículo 96.2.c) y d) de la LCSP, ordena cuestiones de la ejecución del contrato, etc.

El artículo 73 del RGLCAP identifica las actuaciones administrativas preparatorias del contrato con el expediente de contratación. Sin embargo, la LCSP regula el expediente de contratación como una fase diferente de las actuaciones preparatorias. Prueba de esta afirmación, lo constituye el hecho de que el expediente de contratación se ordene en la sección 1 del capítulo I del título I del libro II, a diferencia de las actuaciones preparatorias que se norman en el capítulo II del título II del libro II. Para el legislador básico contractual parece que las actuaciones preparatorias no forman parte del expediente.

El artículo 138 del RGLCAP regula el expediente de contratación del contrato de obras, incluyendo lo que la LCSP denomina actuaciones preparatorias del contrato de obras en los artículos 105 y ss de la LCSP, a excepción de la elaboración del proyecto. Ciertamente, puede verse una cierta contradicción o difícil encaje entre el artículo 138 del RGLCAP y la regulación del expediente de contratación del contrato de obras en la LCSP. El artículo 138 del RGLCAP no menciona el inicio del expediente de contratación, dando la sensación, de no ser necesario este trámite, y parece establecer que la resolución aprobatoria del proyecto es previa al informe de supervisión, a diferencia del artículo 109 de la LCSP que exige justamente lo contrario, la supervisión previa a la aprobación del proyecto.

Lo expuesto, pone de manifiesto que la LCSP cuando contempla la definición del expediente de contratación lo emplea: a) en unos casos, en sentido de abarcar todo lo que va desde el inicio de éste hasta la resolución de la aprobación del expediente (artículos 93 y 94 de la LCSP), b) en otros casos, desde el inicio, o incluso desde la fase anterior, hasta la finalización del contrato (artículo 95 de la LCSP), c) en otras ocasiones, incluye las actuaciones preparatorias (artículos 73 y 138 del RGLCAP) y d) en otros supuestos, cubren hasta la ejecución (artículo 96 de la LCSP).

Teniendo en cuenta lo manifestado, podemos distinguir tres ámbitos de los expedientes de contratación, que van a condicionar el concepto de éste:

a) **Ámbito reducido:** El expediente abarcaría, únicamente, desde el acuerdo de inicio, o desde las actuaciones preparatorias de éste, hasta la resolución de aprobación del mismo. Aquí, podemos, a su vez, distinguir dos, en función de cuándo se entiende que se inicia:

1. Se puede entender que abarca las actuaciones preparatorias. A esta posición se opone la Junta Consultiva de Contratación. Este órgano consultivo en informe 51/1966 afirmó que *“la decisión administrativa, disponiendo la elaboración del proyecto o la*

subsiguiente aprobación del mismo, no parece pueda considerarse acto de inicio de la etapa contractual propiamente dicha, pues aparte de que el proyecto aludiría exclusivamente al contrato de obras, que es sólo una de las figuras básicas de los contratos administrativos, no debe olvidarse que los referidos proyectos pueden no desembocar en contrato si aquéllos se ejecutan directamente por la Administración en los casos legalmente autorizados. Ciertamente es que la legislación de contratos del Estado incluye la elaboración y aprobación del proyecto como uno de los hitos de las actuaciones preparatorias, pero ello no debe ser óbice que se propone. Habría que distinguir entre una preparación mediata o remota del contrato, coincidente con la decisión administrativa ordenado el estudio del proyecto de la obra, y una preparación inmediata o directa del contrato, cuyo punto de arranque ha de situarse en la iniciación del expediente de gasto o en la orden de contratación, pues conviene advertir que este momento procesal recibe distintos enfoques en las reglamentaciones especiales administrativas⁶.

Ciertamente, es difícil saber cuál, debe ser el ámbito más correcto. Quizá, la postura más segura y el elemento clave, sea la voluntad contractual. Si la actuación se realiza dirigida a la realización de un contrato, entonces debe formar parte del expediente de contratación.

Puede ser que tengamos un proyecto de obra que haya superado todas las actuaciones preparatorias y que se decida no contratarlo, simplemente porque se decide ejecutar por la Administración, ¿realmente merece la calificación de expediente de contratación todas las actuaciones previas? En este caso, es difícil sostener que las actuaciones preparatorias formen parte del expediente contractual.

Por otro lado, ¿qué ocurre si cuando se contrata el proyecto de obra se refleja la voluntad de contratar su ejecución? En este caso, todas las actuaciones reflejan una voluntad contractual, con lo cual puede resultar difícil sostener que no forma parte del expediente de contratación, a lo que se puede añadir, si realmente, las actuaciones preparatorias no forman parte del expediente, quizás no debería regularse en una Ley que trata de ordenar la contratación.

2. La otra posición, es sostener que el expediente comienza con el acuerdo expreso de inicio. Esta postura se apoya, fundamentalmente, en dos argumentos: a) todos los expedientes se inician con un acuerdo expreso (artículo 69 de la LPC en relación a la disposición final octava de la LCSP), de tal manera que hasta ese momento no se puede entender que, formal y jurídicamente, exista y b) que el artículo 93.1 de la LCSP y 73.1 del RGLCAP, se refieren el inicio del expediente de contratación, que hace, precisamente, referencia a cuando se entiende iniciado.

El principal problema de esta postura, es, sobre todo, qué ocurre, si ya existe una voluntad contractual anterior. ¿Realmente no se puede entender que estamos en presencia de una actuación dirigida a realizar un contrato?, y, por lo tanto, que estamos en presencia de un expediente de contratación. En los expedientes de contratación de obra, de conformidad con el artículo 138 del RGLCAP, ¿no se puede

⁶ MORENO GIL, Oscar: "Contratos administrativos: legislación y Jurisprudencia". 5 edición. 2008. Editorial Aranzadi, SA

entender que la supervisión, aprobación y replanteo son actuaciones que forman parte del expediente? Vemos que es discutible la cuestión.

b) **Ámbito intermedio:** El expediente abarcaría desde el acuerdo de inicio, o desde las actuaciones previas, hasta la resolución de adjudicación definitiva. La resolución de adjudicación definitiva determina la perfección, y por lo tanto, el nacimiento del contrato (artículo 27 de la LCSP).

c) **Ámbito amplio:** En este supuesto el expediente abarcaría hasta la completa ejecución del contrato, que se produciría, cuando se extinguiese éste, que se produce normalmente con la recepción de la prestación (artículo 205 de la LCSP). A este concepto, responde la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 31/1995, en la consideración jurídica cuarta cuando afirma *“lo esencial en la tramitación del expediente de contratación no es su inicio, entendiéndose como tal la iniciativa de preparar las actuaciones precisas que concluyan con la adjudicación y posterior recepción de la prestación”*.

Y aún, dentro de este ámbito, podría entenderse que abarca hasta el momento de finalización total, cuando se devuelve la garantía definitiva, al haber transcurrido el plazo de garantía sin responsabilidades, o sin haberlas hecho efectivas (artículo 90 de la LCSP). En la práctica, múltiples operadores que tramitan expedientes de contratación, optan a la hora de su clasificación, por este concepto amplio.

Ciertamente, lo expuesto nos muestra la dificultad y lo opinable que supone delimitar el concepto de expediente de contratación. Como ya expusimos, creemos que la posición que quiere defender el legislador es, que abarca desde el acuerdo de inicio hasta la resolución de aprobación, sobre todo teniendo en cuenta los artículos 93 y 94 de la LCSP, sin perjuicio de las contradicciones ya expuestas. Esta postura tiene múltiples problemas, sobre todo: a) ¿qué ocurre con las otras fases del proceso de contratación?, ¿tienen que ser expedientes?, y si es así, ¿cómo se llamarán?, b) no encaja dentro del concepto de expediente del artículo 164 del ROF, que recordemos abarca la resolución administrativa y las diligencias encaminadas a su ejecución y c) obligaría a la tramitación de múltiples y diversos expedientes íntimamente relacionados que podrían dificultar la gestión administrativa.

Siguiendo la posición del legislador contractual y lo expuesto, se puede definir el expediente de contratación, en el ámbito local, como: **la expresión documental foliada y rubricada por los funcionarios encargados de su tramitación del conjunto ordenado, estructurado y total de actos que dicta una Administración Pública Local a través de los cuales forma su voluntad de realizar un contrato, que abarca desde el acuerdo de inicio del expediente hasta la resolución de aprobación del mismo.**

III. CONTENIDO DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

En este apartado lo que vamos a referirnos son al conjunto de documentos o los actos y actuaciones que necesariamente deben estar en todo expediente de contratación local, de conformidad con el concepto expuesto.

Uno de los rasgos de la LCSP es la falta de sistematización, y en materia del contenido del expediente, no iba a ser una excepción. En la legislación contractual, tanto en la LCSP como en el RGLCAP, no tenemos una norma que, de modo claro y preciso, establezca, de modo sistemático, el conjunto de actuaciones que se deben realizar para formar correctamente un expediente. El precepto, que más se puede aproximar, es el 93 de la LCSP, pero esta disposición se caracteriza, por un lado, por no ser completa, en la medida que no contiene todos los documentos, el contenido de este artículo debe entenderse, como pone de manifiesto MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL como meramente enunciativo⁷, ya que, entre otros, no se refiere al informe jurídico del artículo 99.6 de la LCSP (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL⁸) y, por otro, por ser desordenado, en la medida que no establece el orden en que se deben emanar los distintos actos jurídicos que integran el expediente. Es cierto, que a nivel reglamentario el artículo 138 del RGLCAP establece una regulación bastante sistemática al regular el contrato de obra, pero padece de algún defecto, como el no establecer la necesidad de que exista un acuerdo de inicio.

Desde otra perspectiva, si lo expuesto ya es grave en una fase tan fundamental (preparación de contratos) como para que pueda llegar a buen término un contrato, en el ámbito local esto se agrava. El legislador estatal y el autonómico, no son conscientes en gran variedad de supuestos de la realidad municipal, y se dedican a regular pensando exclusivamente en sus estructuras administrativas, lo que va a llevar de modo irrefutable a vulnerar la ley, o en último caso, a hacer interpretaciones forzadas. La realidad municipal indica que la mayoría de los municipios disponen únicamente de un secretario-interventor. Este funcionario va a tener que hacer de todo en el expediente: los pliegos, informarlos con doble personalidad (como asesor jurídico e interventor), informar como jefe de la dependencia, promover el contrato en gran variedad de supuestos, etc. Este sistema, sencillamente, no encaja. La legislación contractual, o la legislación local, o seguramente ambas, precisan de establecer una ordenación que se adapte a la realidad organizativa local, sin pensar siempre, y únicamente, en las Diputaciones (estas ayudarán, pero no pueden sustituir la actuación municipal). Es cierto, que parte del problema, no viene del legislador contractual, sino del local. La exigencia de informe del jefe de la Dependencia del artículo 172 del ROF y el informe para resolver del artículo 175 del ROF tienen un encaje difícil en la mayoría de las realidades organizativas locales.

Antes de entrar a comentar las actuaciones del procedimiento contractual local, me gustaría extrapolar tres principios básicos de la legislación patrimonial al ámbito contractual. En la exposición de motivos de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas, se extraen tres principios que siempre se deben respetar en todo expediente de gestión patrimonial: principio de oportunidad o discrecionalidad política, que se pone de manifiesto, a través de memorias o informes, adecuación de la operación a las condiciones de mercado e idoneidad del bien (tasaciones e informes periciales) y corrección jurídica (informe de la Abogacía del Estado). Estos tres

⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL: Contratación del Sector Público Local. Varios Autores. 2008. Editorial El Editor El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY).

⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL: Contratación del Sector Público Local. Varios Autores. 2008. Editorial El Editor El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY).

principios se deben respetar en todo expediente contractual pero con las necesarias modulaciones, sobre todo la verificación de las condiciones de mercado, en la medida, en que muchas veces, no se va a poder disponer de tasadores o no se va a poder realizar, sino, lo único que se va a poder hacer, es consultar a diversas empresas del mercado sobre el precio y, a partir de ahí, se podrá deducir el precio del mercado, sin perjuicio de que se valoren otros aspectos al licitar el contrato.

Los documentos que deben integrar un expediente de contratación local, con carácter general (puede haber más en función de determinadas circunstancias, pero nosotros sólo vamos a comentar los que tienen que incluirse preceptivamente, así como, los que se menciona de modo expreso el artículo 93 de la LCSP), son los siguientes:

1. ACUERDO DE INICIO DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.

Ya pusimos de relieve, como necesariamente, en todo expediente de contratación debe existir un acuerdo expreso de inicio, a diferencia de la postura del órgano consultivo del Estado, expresada en el informe 31/2005. La necesidad de un acto formal de inicio, como ya destacamos, la defiende tanto la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña en informe 6/2005 y el Tribunal de Cuentas en el Acuerdo del Pleno, de 30 de marzo de 2005, que aprueba la instrucción relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos celebrados por las entidades del sector público local. Sin embargo, sorprende que el Tribunal de Cuentas en el Acuerdo del Pleno, de 26 de marzo de 2009, que aprueba la Instrucción General relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos y convenios celebrados por las Entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, no incluye el acuerdo de inicio entre los documentos que deben figurar en todo expediente, lo cual, a mi entender, es un grave error.

Afirmada la necesidad de ese acuerdo de inicio, inmediatamente surge la cuestión de cuál debe ser su contenido.

El artículo 93.1 de la LCSP sólo exige, de manera expresa, la motivación de la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de la LCSP. El artículo 22 de la LCSP establece que, antes de iniciar el procedimiento de adjudicación, deberá ser determinada con precisión *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas”*.

Los preceptos expuestos están dentro de la tónica general de la LCSP de falta de precisión, obligando a realizar esfuerzos hermenéuticos. El artículo 22 de la LCSP exige que, antes de iniciarse el procedimiento encaminado a la adjudicación de un contrato, se determine un contenido, que luego, el artículo 93.1 de la LCSP, parece requerir que forme parte del acuerdo de inicio. Comparando los dos artículos se nos plantean varias cuestiones:

a) La satisfacción de las exigencias del artículo 22 de la LCSP, ¿constituyen un documento independiente del acuerdo de inicio, o necesariamente deben integrarse en él?

El artículo 22 de la LCSP determina de modo claro, que el contenido de este precepto, tiene que ser anterior al inicio del procedimiento encaminado a su *adjudicación*. Si este término mencionado lo identificamos con expediente de contratación, el documento del artículo 22 de la LCSP constituirá un documento independiente; sin embargo, si se interpreta que se refiere al procedimiento de adjudicación, que se inicia con la resolución aprobatoria del expediente (artículo 94.1 de la LCSP), el contenido de este documento podría integrarse con el acuerdo de inicio. La posición del Tribunal de Cuentas en el Acuerdo del Pleno, de 26 de marzo de 2009, que aprueba la Instrucción General relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos y convenios celebrados por las Entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, es que constituye un documento separado e independiente. Ahora bien, que sea independiente, no quiere decir, que no se pueda reproducir o asumir por el órgano de contratación, cuando acuerda el inicio del expediente, siendo esto lo normal y lo que parece que impone el artículo 93.1 de la LCSP.

b) La segunda cuestión que se plantea es, ¿cuál debe ser el documento que se realice en primer lugar?: el acuerdo de inicio, o el documento del artículo 22 de la LCSP. Como todo expediente, se inicia por un acuerdo, debería ser éste, el primer documento, pero la legislación exige que haga referencia a un determinado contenido de un documento independiente, lo que lleva a pensar, que lo razonable sería, que primero, se justificase la necesidad del contrato, y la idoneidad de su contenido, y luego se dictase el acuerdo de inicio. Creemos que la regulación legal está pensando en que sea un servicio, el que realice el documento del artículo 22 de la LCSP y posteriormente, se inicie la actividad contractual por el órgano de contratación. De conformidad con la regulación legal, lo expuesto, puede ser adecuado en gran variedad de supuestos, en otros, como pueden ser de necesidades y decisiones exclusivamente políticas (por ejemplo necesidad de un despacho nuevo para un concejal), o para determinados contratos (pensemos en la compra de un programa por un empleado que no conozca cual es el más adecuado), lo más razonable, sería poner de manifiesto la necesidad y realizar un informe a posteriori, que precise el contenido necesario, para satisfacerla (así en el caso de un programa, el servicio de informática podría realizar una valoración del importe del mismo y de las de sus características, y en el caso del despacho, podría realizarse una valoración y un desglose para saber como satisfacer esa necesidad).

Con independencia, de que creamos que se debe modificar el artículo 22 de la LCSP en sus términos actuales, partiendo de la exigencia de la LCSP, lo más aconsejable es que no debe establecerse una regla general, sino que debe interpretarse en el sentido de que quepan las dos opciones. Será el supuesto concreto, el que determine el orden. Cuando se pueda precisar con exactitud el contenido del artículo 22 de la LCSP, será éste, el primer documento, y si no se puede, que se incorpore después, e incluso cabría la opción de realizar un documento con parte del contenido del artículo 22 de la LCSP, para después, en el acuerdo de inicio, concretar el resto.

c) No está claro que el contenido del artículo 22 de la LCSP coincida con el del acuerdo de inicio. El artículo 93.1 de la LCSP sólo exige que se motive la necesidad en los términos del artículo 22, pero no hace referencia, en ningún caso, a la idoneidad del objeto, y contenido del contrato proyectado, aspecto que sí se exige en el artículo 22 de la LCSP. La interpretación literal lleva a razonar, que el acuerdo de inicio, sólo tiene que motivar la necesidad por lo que se refiere a dos aspectos: naturaleza y extensión de ella. Creemos que ésta es la interpretación correcta, lo que no quiere decir, que si el órgano de contratación lo considera, se pueda incluir en el acuerdo de inicio, referencia a la idoneidad de su objeto y contenido.

Lo expuesto en este apartado, refuerza la idea de que acuerdo de inicio y documentación justificativa de idoneidad y necesidad son dos actos diferentes.

d) La última cuestión es determinar quién debe firmar el documento justificativo de la necesidad y el acuerdo de inicio. El acuerdo de inicio está claro que es una facultad del órgano de contratación (artículo 93.1 de la LCSP) y, por lo tanto, deberá realizarlo y firmarlo éste, sin embargo, no está nada claro quién debe suscribir el documento justificativo. Como ya expusimos, la regulación legal está pensando que el documento exigido en el artículo 22 de la LCSP lo promueve un servicio y de conformidad con esta idea lo tendría que firmar la unidad administrativa. Para nosotros, debe ser quien promueva la contratación: si obedece a cuestiones exclusivamente políticas, debe ser el órgano político, y si son a necesidades técnicas o funcionariales, debe ser éste quién lo firme.

La regulación de los dos artículos comentados, además de los problemas interpretativos que hemos expuesto, no se puede decir que sea satisfactoria por los siguientes motivos:

a) No nos parece razonable, que dos artículos tan íntimamente ligados, estén ubicados en libros diferentes. Deberían estar en el mismo artículo, o en dos sucesivos.

b) Debería exigirse sólo, que se justifique la necesidad, de ahí, postulamos su modificación. La necesidad es una cuestión fundamental, ya que revela o justifica la realización del contrato. La idoneidad del objeto y contenido para satisfacerlas, será algo que se ponga de manifiesto en el expediente. El contenido concreto de la prestación, es algo propio, sobre todo del pliego de prescripciones técnicas; aunque también del pliego de cláusulas administrativas, y será, en ese momento, cuando se podrá analizar con toda su extensión, si se puede o no satisfacer las necesidades del contrato. El objeto del contrato es algo que debe ser propio del acuerdo de inicio en una definición primaria (comprar un ordenador, un mueble), pero precisar el contenido concreto del objeto en una fase tan temprana del contrato, es excesivo. Ya se concretará en los pliegos esta tarea.

c) Esta regulación no se adapta al mundo local. En la mayoría de Ayuntamientos tienen un secretario-interventor y no existen servicios; en cambio, la ordenación jurídica parte de la concepción de que existen servicios o estructuras organizativas. Una interpretación estricta de la regulación legal (ya que el único servicio, por así llamarlo, va a ser él) llevará a que, en cada contrato el secretario-interventor, tenga

que firmar un documento, en donde ponga de manifiesto la necesidad a satisfacer, así como, la idoneidad del objeto y contenido para satisfacerlas. Esto no es razonable. Debe fusionarse ese documento previo con el acuerdo de inicio. Debe ser el órgano de contratación, quien ponga de manifiesto la necesidad (en la mayoría de los contratos de los municipios de régimen común será el Alcalde o por delegación la Junta de Gobierno Local). Exigir lo contrario, va a llevar a que no se realicen los contratos, o a que el secretario-interventor firme sin conocer. El único supuesto, que puede estar justificado que firme el secretario-interventor, es que estemos ante una necesidad funcional: un libro, papel, etc.

A la vista de lo expuesto, abogo claramente por modificar el artículo 22 de la LCSP tal y como está redactado, exigiendo, únicamente, y con carácter preceptivo, que en el acuerdo de inicio se acredite la necesidad. En este acto, también, obviamente, se debe incluir el objeto del contrato, pero no, el contenido o, por lo menos, no en toda su extensión, ya que es una cuestión propia de los pliegos. También creemos que, en múltiples supuestos, no va a tener sentido la existencia de un documento separado, en que se justifique la necesidad y el acuerdo de inicio, especialmente los que atienden a necesidades puramente políticas, o en municipios con escasas estructuras organizativas.

La postura que defendemos no excluye que se puedan introducir otros documentos, con carácter potestativo. Si se tiene una concreción del contenido del contrato, y se quiere incluir en la actuación inicial o con carácter previo, sería correcto, pero no se debe exigir necesariamente, porque esto llevaría a que, en muchos casos, no se va a poder realizar el contrato o, por lo menos, todo lo acorde que debiera ser.

Si se defiende la postura de la LCSP, entonces debería de modularse, por lo menos, para los municipios más pequeños, estableciendo exigencias flexibles, en función de las estructuras organizativas, o por módulos de población.

Por otra parte, el artículo 73.1 del RGLCAP dispone que el inicio del expediente determinará *“la necesidad de la prestación objeto del contrato, bien por figurar ésta en planes previamente aprobados o autorizados, bien por estimarse singularmente necesaria”*. De este precepto, se puede deducir, que la motivación será menor cuando la necesidad esté prevista en planes previamente aprobados o autorizados, porque, es de suponer, que en ellos se especificó ésta. En los demás supuestos, será necesario, un mayor despliegue argumental.

El artículo 73.2 del RGLCAP viene a dificultar lo ya expuesto, cuando exige un *“informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato”*. El Tribunal de Cuentas en el Acuerdo del Pleno, de 30 de marzo de 2005, que aprueba la instrucción relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos celebrados por las entidades del sector público local, lo exige como documento separado. Sin embargo, sorprendentemente, no aparece mencionado en el Acuerdo del Pleno de 26 de marzo de 2009, que aprueba la Instrucción General relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos y convenios celebrados por las Entidades del Sector Público Estatal y

Autonómico, no se menciona. La exigencia de este documento en el mundo local, sobre todo en los pequeños municipios, sería irrealizable. Como, ya manifestamos, existen contratos que obedecen a necesidades políticas (que se haga, o no, una determinada carretera nueva, que se reforme, o no, un despacho de un concejal, que las calles tengan un determinado pavimento, etc.), y en estos casos, no parece razonable exigir ese informe, y además, este artículo obliga a que existan siempre servicios, ya que deben ser ellos los que promuevan el contrato, lo que implicaría que sería prácticamente irrealizable en la mayoría de Ayuntamientos de España. La realidad normativa no se ajusta a la realidad de gran parte de los municipios.

Por otra parte, exigir que las características de la prestación se hagan constar en una fase tan primaria, parece excesivo, por lo ya expuesto acerca del contenido del objeto.

Existe, no obstante, una cuestión en relación a este informe, y esa no es otra que su contenido se superpone con el del artículo 22 de la LCSP. En el informe del artículo 73.2 del RGLCAP, se exige un triple contenido: necesidad, características e importe calculado de las prestaciones, y en el artículo 22 de la LCSP, se refiere a la naturaleza y extensión de las necesidades e idoneidad y contenido de su objeto para satisfacerlas. Está claro, que ambos documentos, coinciden en que deben reflejar la necesidad. La idoneidad y contenido del objeto puede entenderse que coincide con las características de la prestación. La única diferencia, que puede existir entre ambos documentos, es que el artículo 22 de la LCSP no exige el importe de las prestaciones, a diferencia del artículo 73.2 del RGLCAP. La exigencia de estos dos documentos, como algo independiente, no tiene razón de ser, sobre todo cuando existe una gran coincidencia entre ambos.

Pensando sobre todo en la realidad local, no se debe exigir el documento del artículo 73.2 del RGLCAP, por lo menos, no en sus términos actuales. La necesidad a satisfacer debe constar, necesariamente, en el acuerdo de inicio, ya exista un documento previo o no. Sin embargo, el contenido de las prestaciones no tiene por qué figurar en las actuaciones iniciales, dado que es algo propio de los pliegos.

Sin embargo, no es ésta postura compartida por la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, en el informe 6/2002, sobre Instrucciones sobre datos y contenido que han de incluirse en los pliegos de condiciones técnicas y en el informe razonado del servicio que promueva la contratación. En este informe, se destaca la separación del pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas llegando a afirmar que *“ha sido voluntad del legislador la de separar con total claridad cuál debe ser el contenido de uno y otro pliego sin que exista confusión entre ambos lo cual plantea una cuestión importante a dirimir, y que básicamente es el objeto de la presente Instrucción, en el sentido de que existe un amplio contenido que ha de recogerse forzosamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que no pueden venir recogidos en el pliego de prescripciones técnicas y que, no obstante, ha de tener en cuenta el servicio competente encargado de la redacción de aquél y que del juego de los artículo 67 y 68 del Reglamento General sólo cabe entender que han de ser proporcionados por los servicios que promuevan la contratación por medio del informe razonado a que se refiere el art. 73.2 del citado texto.”* Posteriormente, fija cual debe ser el contenido del pliego de prescripciones

técnicas y del informe razonado del servicio. La Junta Consultiva de Murcia se olvida de la realidad local, además de que no siempre existe un servicio que promueva el contrato. Lo más adecuado, por lo menos para estas entidades, será que los pliegos los realice el órgano de contratación (aunque materialmente lo realice el secretario-interventor u otros técnicos) y se concrete las características concretas de la prestación en estos documentos.

Especial atención merece un aspecto del informe del artículo 73.2 del RGLCAP, el importe de la prestación, ya que, necesariamente, debe acreditarse su importe, sobre todo para cumplir la exigencia de que el precio del contrato se adecúe al precio del mercado (artículo 75.1 de la LCSP) y el principio de condiciones de mercado.

En el pliego de cláusulas administrativas tiene que figurar, necesariamente, el presupuesto base de licitación (artículo 67.2 c) del RGLCAP), así como en el pliego de prescripciones técnicas debe figurar el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar (artículo 68.1.b) del RGLCAP). De estos dos documentos se deduce el importe (uno el presupuesto base de licitación y otro el precio de cada unidad). Ahora bien, habrá que explicar cómo se fijó el precio. Si existiese un informe del servicio explicando el precio, no haría falta nada más, pero, como ya dijimos, esto no se adapta a la realidad local, sobre todo los pequeños municipios. Creemos que, o bien en el acuerdo de inicio, o en un documento separado, se ha de explicar como se ha llegado a formar el precio del bien. Por ejemplo, en materia de suministro de mobiliario, se realizó consultando los precios de diversos suministradores; las luces, se hizo consultando el precio de suministradores; un contrato de limpieza, analizando el coste de los productos y los costes salariales del convenio del sector., etc. Es decir, que se exteriorice de alguna forma como se formó un precio de los productos que pueda justificar que se formó de modo razonable, y que se deje constancia de esto en el expediente, garantizando así su correcta formación. Obsérvese, que no es ilegal consultar el precio de los productos en el mercado, acudiendo a los precios de diversas empresas, ni que esto impide participar a éstas en el contrato. El artículo 45.1 de la LCSP sólo veda la participación en los procedimientos a aquellas empresas cuya participación suponga restricciones a la libre competencia o puedan suponer un trato privilegiado. Consultar el precio de sus productos no se puede considerar que incurra en los dos supuestos expuestos.

Aunque no lo menciona expresamente el artículo 93.1 de la LCSP, el acto de inicio, además de la necesidad, deberá contener, preceptivamente, la voluntad de iniciar el expediente de contratación, así como, la mención al objeto del contrato que se trata de realizar.

La Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, en informe 6/2005, determinó que junto a la necesidad, el acuerdo de inicio debe reflejar “*en la medida de lo posible, los elementos esenciales de la contratación que se inicia*”. La legislación contractual no impone que deban figurar más elementos de los que hemos expuesto (aunque alguno de ellos no los mencione expresamente). Esto, no quiere decir que no pueda referirse a más aspectos. Habitualmente, suele figurar el procedimiento que se seguirá en la tramitación, el importe del contrato, etc. En todo caso, si tiene relieve el documento del artículo 93.4 “*En el expediente se justificará adecuadamente la*

elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato". Para MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL⁹, la elección del procedimiento y la de los criterios deben figurar dentro del acuerdo de inicio. Sin embargo, el Tribunal de Cuentas en el Acuerdo del Pleno de 26 de marzo de 2009, que aprueba la Instrucción General relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos y convenios celebrados por las Entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, lo establece como un documento separado. Lo importante será, que se justifique, qué criterios se siguen en relación al objeto del contrato y el procedimiento a seguir de conformidad con los parámetros legales.

Mención especial merece la posibilidad de delegar la facultad de iniciar el procedimiento.

La Junta Consultiva de Contratación de Cataluña en informe 6/2005, afirmó que la competencia del órgano de contratación para acordar el inicio del expediente puede delegarse, considerando que *"no es conforme a la legislación de contratos de las administraciones públicas la práctica de que un órgano de la Corporación Local, diferente del órgano de contratación, realice el acto de inicio del expediente de contratación con la justificación de su necesidad. Por lo tanto, si el órgano de contratación es el Pleno no se debe iniciar por el Alcalde o Junta de Gobierno Local sin expresa delegación"*.

Ha sido duramente criticado que las competencias en materia de contratación de las Entidades Locales se encuentren ordenadas en la LCSP y no en la LRBRL. Aparte de que ésta no constituye una técnica correcta, para los municipios de gran población, ha supuesto un grave problema, por lo que se refiere a la posibilidad de delegar la competencia para contratar. El apartado tercero de la disposición adicional segunda de la LCSP atribuye la competencia para contratar en los municipios de gran población a la Junta de Gobierno Local. La LCSP supuso la derogación del apartado f) del artículo 127 de la LRBRL, donde se atribuía, entre otras cuestiones, a la Junta de Gobierno Local la competencia para contratar. El apartado 2 del artículo 127 de la LCSP establece de modo expreso que las competencias del artículo 127.1.f) de la LRBRL son susceptibles de delegación, pero al derogarse, surge la cuestión de si es posible su delegación o no. Se intenta interpretar que es posible, porque la LCSP lo permite con carácter general en el artículo 40.2, aunque es muy discutible. Sino fuese así supondría un colapso de los municipios de mayor tamaño (piénsese en la gran cantidad de contratos menores que realizan).

2. INFORME RAZONADO DEL SERVICIO PROMOTOR DE LA CONTRATACIÓN, EXPONIENTE LA NECESIDAD, CARACTERÍSTICAS E IMPORTE CALCULADO DE LAS PRESTACIONES OBJETO DEL CONTRATO.

Por lo que se refiere a este informe que exige el artículo 73.2 del RGLCAP nos remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

⁹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL: Contrato de suministro en la LCSP. Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados N15. Ref.º2721/2008. Pág. 2071, Tomo 2.

3. EN CASO DE COFINANCIACIÓN DEL CONTRATO, ACREDITACIÓN DE LA PLENA DISPONIBILIDAD DE LAS DISTINTAS APORTACIONES, DEL ORDEN DE SU ABONO Y DE LA INCLUSIÓN DE LAS GARANTÍAS PARA SU EFECTIVIDAD.

En la realidad local, son múltiples los contratos que se cofinancian por varios Entes Públicos. El mundo local es un mundo subvencionado en gran parte, aunque ésta no debería ser la regla. En estos supuestos, en el expediente debe constar la acreditación de la plena disponibilidad de las aportaciones, del orden de su abono y de las garantías para su efectividad (artículo 93.5 de la LCSP).

La Junta Consultiva de Contratación del Estado, en informe 4/1997, expuso que *“la plena disponibilidad de aportaciones se cumple con la aprobación del gasto para el ejercicio corriente y para los sucesivos con arreglo a sus respectivas normas presupuestarias y que la prestación de una garantía para la efectividad de las aportaciones no exige su constitución en sentido estricto jurídico, debiendo estarse, sobre todo, a los convenios, normas o disposiciones de los que resulte la cofinanciación”* y remitió gran parte de su regulación a lo que dispusiesen los convenios que firmasen los entes que cofinancian la actuación.

Uno de los problemas que se plantea en la práctica, en relación a la ejecución de obras cofinanciadas con aportaciones de distintas Administraciones, es ¿cuándo se debe abonar el importe por la entidad cofinanciadora?: cuando se firma el convenio o cuándo se acredita la realización de la prestación mediante las certificaciones de obra. Está claro que este aspecto, debe regularse en los convenios que suscriban. La cuestión se suscita cuando este aspecto no se regula de modo expreso en el convenio. En estos casos, habrá que intentar deducir del convenio, cuál era el espíritu. Si no es posible, lo más lógico sería entender que se debe abonar el importe a medida que se vaya acreditando la realización de la prestación (certificación de obra), debiendo de abonarla la Administración cofinanciadora en el plazo establecido para el pago de dicha certificación (60 días naturales) para evitar perjuicios de financiación por parte de la Entidad contratante.

4. CERTIFICADO DE EXISTENCIA DE CRÉDITO.

Es un documento de existencia obligatoria que sirve para acreditar el crédito que se dispone para realizar el gasto (artículo 93.3 de la LCSP). La realización de un gasto sin crédito determina la nulidad del contrato (artículo 32 de la LCSP)

El certificado debe emitirse siempre y cuando esté fijado el importe del contrato. En caso contrario, habrá que determinar previamente su importe, sin perjuicio de que se justifique posteriormente.

En cuanto al certificado de existencia de crédito, simplemente decir, que en los municipios de menos de 5.000 habitantes, esta certificación sustituye a la aprobación del gasto, debiendo ser emitida por el interventor o por el secretario-interventor (apartado 6 de la disposición adicional segunda de la LCSP).

5. CERTIFICADO DE SUFICIENCIA DE LÍMITE DE COMPROMISOS DEL ARTÍCULO 174 DEL TRLHL, SI EL CONTRATO SUPONE UN GASTO PLURIANUAL

Este documento lo exige el Tribunal de Cuentas, en el Acuerdo del Pleno, de 30 de marzo de 2005, que aprueba la instrucción relativa a la remisión al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos celebrados por las entidades del sector público local.

6. DOCUMENTACIÓN JUSTIFICATIVA DEL PROCEDIMIENTO Y DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

El Tribunal de Cuentas lo concibe como un documento separado. Sin embargo, parece que nada se opone a que este documento pueda integrarse en el acuerdo de inicio, e incluso, por qué no, en otro documento (por ejemplo en el pliego de cláusulas administrativas, donde necesariamente se habrá de concretar el procedimiento y los criterios de adjudicación)

7. JUSTIFICACIÓN EN SU CASO, DEL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO, CON LA PREVISIÓN DE LA REALIZACIÓN INDEPENDIENTE DE CADA UNA DE SUS PARTES MEDIANTE SU DIVISIÓN EN LOTES

El Tribunal de Cuentas concibe este documento como independiente de los demás del expediente.

8. PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.

El artículo 93.3 de la LCSP dispone que al expediente se incorpore el pliego de prescripciones técnicas. Debe tenerse en cuenta el informe 6/2002, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia. De ese informe podemos destacar algunas notas de este pliego:

- 1.- Es un documento independiente del pliego de cláusulas administrativas. El artículo 68.3 del RGLCAP proscribire que contenga cláusulas propias del pliego de cláusulas administrativas.
- 2.- Debe ser firmado por técnico competente, con el visto bueno del titular del servicio. Lo cierto es que esta afirmación no lo establece de modo expreso el RGLCAP, aunque parezca razonable en las grandes estructuras administrativas. En los pequeños municipios, no vemos inconveniente en que lo firme el órgano de contratación (Alcalde o concejal delegado) sobre todo para cuestiones de menor importancia técnica (suministro de mobiliario). Lo que queremos decir, es que en municipios, sin casi recursos, si quieren adquirir un mobiliario nuevo, por qué no va a poder firmar el Alcalde el pliego de prescripciones técnicas. Ya se controlará luego si está o no justificado a través del control de legalidad. Claro que lo idóneo sería que una persona, con competencia en la materia, tasase y describiese los bienes que se van a licitar, pero exigir esto, sería privar al mundo local de una parte substancial de la contratación. La clave será siempre la proporcionalidad.
- 3.- El contenido del pliego será el que señala el artículo 68 del RGLCAP, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en los artículos 100 y 101 de la LCSP. El pliego de prescripciones técnicas, al igual que el de cláusulas administrativas, se sustituye por el

documento descriptivo en el procedimiento del diálogo competitivo (artículo 93.3 de la LCSP).

El pliego de prescripciones técnicas forma parte del proyecto de obras en el contrato de obras.

9. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES.

El pliego de cláusulas administrativas constituye, como afirmó la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, puede verse la STS de 4 de julio de 2006), así como la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de diciembre de 2006), la “ley del contrato”, rigiendo incondicionalmente para todos cuantos intervienen en el procedimiento de que se trate, Administración y participantes, que han de atenerse escrupulosamente a sus cláusulas.

Desde el punto de vista legal, se puede definir como el documento que incluye “*los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato*” (artículo 99.2 de la LCSP)

El pliego de cláusulas administrativas puede ser general o particular (artículo 98 y 99 de la LCSP), admitiéndose incluso modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares (artículo 99.6 de la LCSP).

Uno de las cuestiones más problemáticas es quién debe realizar este pliego. El artículo 67.2 del RGLCAP determina que “*serán redactados por el servicio competente*”. Pueden plantearse las siguientes interpretaciones:

1. Que lo tenga que redactar el servicio correspondiente, y esa elaboración, implica la firma y propuesta de él. Puede ser adecuado en las grandes estructuras organizativas, pero plantea el problema en muchos municipios, porque al final lo va a tener que hacer el secretario-interventor o secretario. Si esto es así, cómo puede ser que alguien firme lo que tiene que fiscalizar. Me refiero a que si el secretario-interventor realiza el pliego, entonces cómo lo fiscaliza.

2. Que lo tenga que suscribir el órgano de contratación. El pliego es un documento jurídico, pero no hay que olvidar que gran parte de las cuestiones que se regulan en él, son discrecionales (las penalidades, causas potestativas de resolución, plazo de garantía, etc.), de ahí la conveniencia que sea el órgano de contratación quien lo firme. Si el órgano de contratación es colegiado, en el ámbito local podría firmarlo el concejal delegado o el Alcalde en último caso. Reconozco que la gran dificultad, aparte de saber que no encaja en el tenor literal del artículo 67.2 del RGLCAP, es que el pliego es ante todo un documento jurídico, y debería ser un técnico jurista quien lo hiciese, pero no es menos cierto que al final existirá un informe jurídico que garantice su legalidad (el informe del secretario o de la Asesoría Jurídica) y será la única opción para que no se tenga que fiscalizar o informar algo que uno realice (en el mundo local normalmente lo hace el secretario). Además, existe un argumento de peso para adoptar esta postura como es, ¿qué ocurre si el órgano de contratación quiere introducir cláusulas muy dudosas legalmente, donde unos juristas sostienen su

legalidad y otros no? En este supuesto, como se le va a hacer firmar o suscribir este documento a un técnico jurista sino está conforme con él. En estos casos parece adecuado que lo firme el órgano de contratación.

En la mayor parte de los municipios de España la segunda interpretación se presenta como la más adecuada, sobre todo para salvar la problemática de fiscalizar e informar algo que ya se ha hecho. Se puede decir, que al final el pliego lo hace materialmente el secretario, sí, pero no lo firma, igual que las resoluciones del Alcalde en la mayoría de municipios las hace el secretario y no las dicta, algunas de las cuales pueden ser de dudosa legalidad. Una cosa es hacer materialmente un documento y otra asumirlo con la firma.

Creemos que los pliegos los debe firmar el órgano de contratación, por lo menos en los municipios más pequeños.

10. INFORME DEL JEFE DE LA DEPENDENCIA.

Sorprende que una norma típicamente local, como es el artículo 172.1 del ROF), exija un informe del jefe de la Dependencia, cuando la mayoría de Ayuntamientos de España sólo cuentan con un secretario-interventor. El secretario-interventor no sólo tiene que hacer los pliegos (interpretando literalmente el artículo 67.2 del RGLCAP), sino un informe como jefe de la Dependencia, un informe jurídico de los pliegos y un informe de fiscalización del expediente. Este esquema no encaja.

Este informe, según LA REDACCIÓN DEL EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y JUZGADOS¹⁰ “no es un simple informe, sino un *“informe para resolver” o propuesta de resolución a que se refiere el citado (artículo) 175 del ROF*”. El CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y JUZGADOS pone en relación el informe que exige el artículo 172 con el 175 del ROF disponiendo como si fuesen uno solo. Sin perjuicio de que es bastante razonable su postura, no es menos cierto que ambos informes pueden ser distintos, dado que se regulan en distintos artículos así como, porque no todo informe del jefe de la Dependencia puede ser para resolver el expediente. Si defendemos esta postura, ya podemos afirmar que realizar un contrato en la esfera local, en su parte de preparación, pensando sobre todo en municipios pequeños, va a ser casi imposible legalmente.

No se debería de imponer este informe en la esfera local, con carácter general, y, en particular, en el mundo contractual. El informe del jefe de la dependencia no va a aportar nada al expediente, desde el punto de vista de la legalidad, si tenemos en cuenta que ya va a existir un informe jurídico que garantice la legalidad de los pliegos, así como un informe de fiscalización del expediente, sin olvidar que el secretario tiene que verificar si está concluso el expediente, antes de dictarse el acuerdo conforme el artículo 177 del ROF.

La estructura del informe se ajustará a lo dispuesto en el artículo 172.1 del ROF.

¹⁰REDACCIÓN DEL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, 3edición, 2005. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY).

11. INFORME JURÍDICO.

Del artículo 99.6 de la LCSP y el apartado 7 y 8 de la disposición adicional segunda de la LCSP, deriva la necesidad de que el pliego de cláusulas administrativas sea informado por el secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación. Es de entender, aún cuando los preceptos no lo dejan claro, que cuando habla del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, se está refiriendo a la Asesoría Jurídica, órgano necesario en los municipios de gran población (artículo 129 de la LCSP).

El informe jurídico lo es única y exclusivamente a los pliegos, por lo tanto no tendrá que extenderse a otros aspectos del expediente.

La emisión del informe jurídico es susceptible de delegación tanto en municipios de régimen común¹¹ como en los de gran población. En los de régimen común habrá de cumplirse lo dispuesto en el artículo 13.2 del Real Decreto 1174/1987, de Régimen Jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional; en el resto, al ser órgano la asesoría jurídica, habrá que estar a lo dispuesto en la LPC en materia de delegación de funciones.

Este informe es imprescindible en todo expediente de contratación, junto al del interventor, ya que son los que garantizan y satisfacen el principio de legalidad.

El informe jurídico debería exigirse en el artículo 93 de la LCSP.

Hay un supuesto en que podría pensarse en la no necesidad de este informe, que será cuando, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, se adapten al modelo de pliegos de cláusulas, previamente aprobados e informados (artículo 99.6 de la LCSP). Su aplicación plantea problemas en el ámbito local, sobre todo teniendo en cuenta que este artículo no es básico y que el apartado 7 de la disposición adicional segunda exige siempre informe del secretario o asesor jurídico.

12. INFORME DE FISCALIZACIÓN

El artículo 93.3 y los apartados 7 y 8 de la disposición adicional segunda de la LCSP, determinan que todo expediente de contratación deberá ser objeto de fiscalización por el interventor de la Entidad Local. La fiscalización del interventor es plena, extendiéndose a todo el expediente.

La LCSP desconoce la figura del secretario-interventor cuando se refiere a los informes del expediente. Debería establecerse una cláusula o una mención que determinase que cuando estemos en municipios que cuenten con un secretario-interventor será éste el único informe de legalidad que requiera el expediente.

¹¹ En cuanto a la delegación de funciones del Secretario en los municipios de régimen común, puede verse el excelente trabajo de ITURRIAGA Y URBISTONDO, FRANCISCO JAVIER: La delegación de funciones del titular de la Secretaría en los municipios de régimen común. Análisis jurisprudencial. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados N°10. Quincena 30 Mayo-14 Junio 2007, Ref° 1674/2007, pág. 1674, Tomo 2.

13. INFORME-PROPUESTA.

Ya expusimos la postura de EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS¹², que identifica los informes de los artículos 172 y 175 del ROF. No obstante, defendamos que se trata de dos informes separados o uno solo, este informe tiene que ser el último antes de resolver. Este informe ha de ser aquél que se emita cuando el expediente esté completo.

En este apartado, vuelven a aparecer los problemas ya comentados del mundo local. Este precepto va a suponer que el secretario-interventor deba emitir este informe. Además, ¿por qué se tiene que proponer un acuerdo si puede ocurrir que no se esté de acuerdo con la propuesta o pueda que existan aspectos discrecionales que uno no esté dispuesto a asumir? Creemos, sobre todo en los municipios más pequeños, que, o bien, se suprime este trámite resolviendo directamente el órgano unipersonal o, si estamos ante órganos colegiados, debería ser el concejal del Área o el Presidente del órgano quien debe hacer la propuesta. La legalidad ya está garantizada con la emisión de los informes.

14. RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE.

El último trámite lo constituye la resolución de aprobación del expediente por el órgano de contratación que incluirá, como regla general, la aprobación del gasto (artículo 94.1 de la LCSP). Esta resolución deberá ser motivada.

IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto, se puede extraer como conclusiones las siguientes:

PRIMERA.- Deben fijarse artículos que de modo claro y sistemático establezcan, por una parte, cuáles son los documentos que tienen que integrar el expediente contractual y, por otra, el orden en el que se deben incorporar al expediente.

SEGUNDO.- Deben simplificarse aspectos del expediente, sobre todo suprimiendo aquellos que sean superfluos (informe del jefe de la Dependencia).

TERCERO.- Es necesario plantearse una reformulación sobre el expediente de contratación en la esfera local que se adapte a esta realidad. La solución debe pasar por un estudio serio de las estructuras y las posibilidades locales. Ese estudio debe realizarse por una Comisión, en la que se integrarían operadores y expertos del mundo local y contractual. En este estudio uno de los aspectos a considerar sería la posibilidad de establecer distintas exigencias procedimentales, en función de las estructuras organizativas o posibilidades reales de los distintos entes. En definitiva deben considerarse mecanismos de flexibilización.

¹² EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y JUZGADOS en el libro "Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales", 3ª edición, 2005,

CUARTO.- Deben analizarse los sujetos que deben producir los distintos actos que integran el procedimiento contractual, determinando de modo claro a quién le corresponde firmar cada documento, y considerar la posibilidad de distintos sujetos en función del ente que tramite el expediente.

QUINTO.- Como última conclusión, quisiéramos decir, que aunque son discutibles determinadas afirmaciones que hemos expuesto en este trabajo, la única pretensión es abrir una reflexión sobre el expediente de contratación teniendo en cuenta un ámbito tan específico como es el local.

V. BIBLIOGRAFÍA

REDACCIÓN DEL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. 3ª edición, 2005. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY).

JIMÉNEZ APARICIO, EMILIO (COORD.) Y OTROS: Comentarios a la Legislación de Contratación Pública. 3ª edición, 2009. Editorial Aranzadi, SA.

MORENO GIL, OSCAR: Contratos administrativos: legislación y Jurisprudencia. 5 edición. 2008. Editorial Aranzadi, SA.

VARIOS AUTORES: Contratación del Sector Público Local. 2008. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (LA LEY).

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL: Contrato de suministro en la LCSP. Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados N15. Ref.º2721/2008. Pág. 2071, Tomo 2.

ITURRIAGA Y URBISTONDO, FRANCISCO JAVIER: La delegación de funciones del titular de la Secretaría en los municipios de régimen común. Análisis jurisprudencial. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Nº 10. Quincena 30 Mayo-14 Junio 2007, Refº 1674/2007, pág. 1674, Tomo 2.