

¿Es aplicable al contrato menor de obras lo dispuesto en el artículo 243 de la LCSP?

Wolters Kluwer

Contratación Administrativa Práctica, Nº 175, Sección Usted Pregunta, Septiembre-Octubre 2021, Wolters Kluwer

LA LEY 5355/2021

Normativa aplicada

Interesa a esta Administración conocer si es posible que los contratos menores de obras no recojan el plazo de garantía al que se refiere el art. 243.3 LCSP (LA LEY 17734/2017) en base a lo siguiente: 1. en los contratos menores de obras no tenemos pliegos de cláusulas administrativas particulares (y el art. 243.3 dice que el plazo de garantía se establecerá en el PCAP); 2. Además, en los contratos menores de obras, debido a la entidad de las mismas, no exigimos prestación de garantía por parte del contratista. Teniendo en cuenta lo anterior, los contratos menores de obras que hemos formalizado no han hecho referencia a plazo de garantía alguno ni, por tanto, han recogido lo dispuesto en el art. 243.

Con carácter general, el apartado tercero del artículo 243 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LA LEY 17734/2017) (en adelante, LCSP (LA LEY 17734/2017)) relativo al plazo de garantía de los contratos de obras, establece que:

«El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si este fuera favorable, el contratista quedará exonerado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días. En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía».

Precisado lo anterior, debemos recordar, tal y como tradicionalmente ha reiterado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en lo sucesivo, JCCPE) que el contrato menor constituye una excepción a la aplicación de las reglas comunes a otros procedimientos de adjudicación. A este respecto, señalaba el informe 98/2018, de 4 de marzo de 2019 que «en el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LA LEY 17734/2017) ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía».

De manera que la tramitación de los contratos menores es más sencilla que el resto de contratos al uso para los que el artículo 118 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) exige la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales, así como la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

Además, en el caso de obras, deberá incorporarse al expediente el presupuesto de las obras y el proyecto de obras, si procede, solicitándose el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando afecte a la a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Esta tramitación tan sencilla refuerza la idea de que al contrato menor de obras no le sea de aplicación el artículo 243 de la LCSP (LA LEY 17734/2017), en los términos expuestos por el consultante.

En este mismo sentido, ha señalado la JCCPE en su informe 8/20, de 12 de febrero de 2021 lo siguiente:

«La finalidad de un sistema de contratación como el descrito es poder ofrecer una respuesta especialmente rápida y muy sencilla a necesidades inmediatas y perentorias del órgano de contratación y que, por su escasa cuantía, así lo demandan.

En efecto, la justificación del sacrificio de alguno de los principios básicos de la contratación pública estriba, para estos precisos casos, en la escasa cuantía económica, que avala (del mismo modo que en otros supuestos contenidos en la ley como puede ser el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnica o la tramitación de emergencia) el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público.

Sobre esta base, no cabe sólo una insuficiente comprensión y valoración de la figura del contrato menor puede conducir a la pretensión de asimilar la figura del contrato menor regulada en la LCSP (LA LEY 17734/2017) con otros procedimientos de selección del contratista que son propios de contratos de características diferentes y que, por su propia naturaleza, incluyen trámites para la presentación de ofertas, valoraciones conforme a criterios objetivos, anuncios previos y otros trámites que, en la actualidad, y desde el punto de vista legal son ajenos al contrato menor. Sin embargo, mientras la ley lo trate expresamente y lo configure como un supuesto en que cabe su adjudicación directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, lo que no resulta posible es variar su naturaleza jurídica y convertirlo en algo completamente diferente».

Finalmente, no podemos olvidar que el artículo 243 se encuentra recogido en el Libro Segundo de la LCSP (LA LEY 17734/2017) bajo el epígrafe «De

los contratos de las Administraciones Públicas» y no en el Libro Primero relativo a la «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos». Lo que reforzaría la conclusión de que dicho precepto no resultaría aplicable a todos los contratos públicos de forma general.

En consecuencia, entendemos que a los contratos menores tramitados a través de un expediente de contratación más ágil y sencillo, no les sería de aplicación el artículo 243.3 de la LCSP (LA LEY 17734/2017), puesto que no necesariamente habrá de fijar para ellos un plazo de garantía de un año como mínimo. Sin perjuicio, eso sí, de las responsabilidades en que pueda incurrir el contratista por los defectos de construcción de la obra en cuestión.