

08/31/2015

María Pilar Batet Jiménez

El fraccionamiento indebido de los contratos utilizando la figura del contrato menor constituye un recurso habitual para evitar la aplicación de los principios básicos de la contratación pública. El contrato menor tiene por finalidad satisfacer de forma rápida aquellas necesidades de la administración pública de escasa cuantía -teóricamente- y duración temporal.

---

El fraccionamiento indebido de los contratos utilizando la figura del contrato menor constituye un recurso habitual para evitar la aplicación de los principios básicos de la contratación pública. La legislación contractual no permite el fraccionamiento del contrato “con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”; así se dispone en el artículo 86. 2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

El contrato menor (artículos 138.3 y 111 TRLCSP) tiene por finalidad satisfacer de forma rápida aquellas necesidades de la administración pública de escasa cuantía -teóricamente- y duración temporal. Es un sistema ágil y sencillo, apto para necesidades de carácter puntual. Sin embargo, el contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta por dos motivos: primero, la legislación contractual establece como procedimientos ordinarios de adjudicación de los contratos, el abierto y el restringido; segundo, por la aplicación de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, que son de necesario respeto y su aplicación “solo puede excluirse cuando la naturaleza de la contratación sea incompatible con los tales principios” (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 31 Mar. 2004, rec. 5533/2001).

La utilización del contrato menor, es solo una posibilidad que se otorga al órgano de contratación, que puede decidir que es más importante someter el contrato a la libre concurrencia y a la transparencia que la mayor agilidad administrativa que le otorga este tipo de contrato.

El expediente de contratación deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, si bien, el artículo 86.3 TRLCSP, prevé la posibilidad de dividir en lotes el objeto del contrato, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional o lo exija la naturaleza del objeto; pero, en estos casos, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote, se determinará en función del valor acumulado de todos ellos.

A modo de ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCA) del Estado, en su Informe 57/2008, establecía que la posibilidad de la contratación por lotes de

aquellas partes de obra que sean susceptibles de aprovechamiento por separado o que tengan una sustantividad propia que permita su ejecución por separado, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una concreta habilitación, lo que no ocurría en el supuesto analizado.

Al analizar el tema del fraccionamiento a la luz de los informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, el primer concepto esencial que se menciona para la calificación de un fraccionamiento como fraudulento es la existencia o no de “unidad funcional” de las prestaciones objeto de los distintos contratos.

Así, la JCCA del Estado, en el Informe 69/2008, ha dispuesto que existirá fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten individualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente.

La “unidad funcional” constituye un concepto jurídico indeterminado, de esos que nos provocan inseguridad a los gestores de la contratación pública porque en algunas ocasiones es difícil reconocer cuál es la interpretación adecuada al supuesto concreto. Tras analizar las circunstancias que en cada caso concurren procede enjuiciar si la contratación fraccionada de necesidades de igual naturaleza, o su escalonamiento en el tiempo, resulta justificada por las propias circunstancias de tales necesidades, o si deberían ser atendidas mediante un único contrato.

Conviene mencionar algunos pronunciamientos doctrinales sobre supuestos concretos:

- La JCCA del Estado, mediante Informe 16/2009, admitió la posibilidad de contratar el suministro de carteles, a medida que se fuera autorizando la financiación de las obras, sin necesidad de esperar a que se haya resuelto sobre la totalidad de las autorizaciones de financiación solicitadas, para así poder dar cumplimiento a los plazos legalmente previstos.
- La JCCA del Estado, en su informe 57/2009, dispuso que la instalación de puntos limpios en diferentes localidades no es necesaria realizarla de forma conjunta y simultánea en todas ellas, sino que es posible que su instalación se efectúe en diferentes etapas e incluso por diferentes adjudicatarios. Y que las obras de instalación de puntos limpios y el equipamiento de los mismos, es posible que sean objeto de contratación por separado.
- La JCCA de Canarias, mediante Informe 1/2010, estableció que el suministro de materiales de construcción que se realiza, o bien para incorporarlos a un conjunto de diversas obras municipales que el Ayuntamiento prevé ejecutar con sus propios medios, o bien para aprovisionar el almacén municipal de un stock, deberá ser objeto de un único contrato, pues las diversas y sucesivas necesidades a atender constituyen la causa de dicho contrato. Igual consideración resulta procedente respecto al suministro de partidas de alimentos destinados a atender las necesidades previstas o planificadas de diversos centros asistenciales.
- La JCCA del Estado, mediante Informe 7/2012, dispuso la procedencia de varios contratos de diferentes servicios y suministros, aunque iban destinados a una misma finalidad como era la organización de la Cabalgata de Reyes de 2012.
- La JCCA del Estado, en su Informe 31/2012, concluye que las obras de reparación de aceras en distintas calles, constituyen una única unidad funcional, que es la reparación de aceras del municipio, sin que el beneficio a las pymes de la localidad pueda justificar su división en distintos contratos.

- La JCCA del Estado, en el Informe 1/2009, dispone que no existe fraccionamiento del contrato en una campaña divulgativa, que se contrata con diferentes medios de comunicación con el objeto de lograr la máxima difusión.
- Informes como éste no ayudan a clarificar el concepto de “unidad funcional”, puesto que si la finalidad de la campaña divulgativa es conseguir la máxima publicidad y ésta solo se obtiene de forma conjunta con la suma de la acción de los distintos medios, en mi opinión sí que existe una unidad funcional. Y la adjudicación a distintos medios mediante contrato menor, impide que los medios no afortunados en esa elección puedan licitar en igualdad de condiciones.
- La Intervención General de la Comunidad de Madrid, mediante Informe de 30 de noviembre de 2011, concluye que existe la posibilidad de contratar por separado proyecto básico y proyecto de ejecución cuando se configuren como unidades funcionales e independientes y susceptibles de utilización por separado, o cuando aún constituyendo una única unidad funcional, pudiese haber un mayor beneficio para el interés público, o exigencias legales, que justifiquen dicha contratación independiente, lo que no quedó justificado en el caso analizado.

Sinceramente, me resulta difícil imaginar en qué casos se pueden configurar los proyectos básico y de ejecución como unidades funcionales independientes.

La doctrina relativa al fraccionamiento, incide en la existencia o no, de identidad de sujeto, objeto y causa en las distintas prestaciones. Habrá un único contrato cuando haya coincidencia en los elementos sujeto, objeto y causa, sin embargo, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución adecuada de la prestación a realizar motive que uno de estos tres elementos varíe.

En este sentido, considera la JCCA de Canarias, en su Informe 1/2010, que "no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando, después de haberse realizado un primer contrato, se tenga que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva, no previsible en el momento de realizar el primer contrato", ya que en este caso, a pesar de ser el objeto y los sujetos coincidentes, la causa es diferente.

En la contratación pública, la planificación de las actuaciones que se han de llevar a cabo, se hace imprescindible para determinar el procedimiento contractual adecuado y su falta, puede conllevar un fraccionamiento indebido de los contratos.

Un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, puede tener conocimiento cierto, aplicando los principios de programación y buena gestión, de la necesidad de contratar una prestación perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, a pesar de ello se tramita en diferentes contratos menores, eludiendo así las normas de publicidad y procedimiento (Informe 4/2010, JCCA Islas Baleares e Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, de 14 de junio de 2013).

El nivel de previsión exigible, será aquél que corresponda a un órgano de contratación diligente. Así, no existirá fraccionamiento fraudulento, cuando haya que volver a contratar con el mismo contratista, idéntica prestación, debido a una necesidad nueva no previsible cuando se realizó el primer contrato.

Además, la correcta planificación posibilitará al órgano de contratación, el uso de algún sistema

de racionalización de la contratación pública, por ejemplo, mediante el establecimiento de un acuerdo marco o mediante la suscripción de un contrato de suministros del artículo 9.3 TRLCSP, por precios unitarios y cuya cuantía total dependerá de las necesidades reales de la administración. Además, esta programación posibilitará una contratación pública estratégica de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE (Informe 14/2014, JCCA de la Generalitat de Catalunya).

Como ya he puesto de manifiesto anteriormente, el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente, sino para satisfacer necesidades de carácter puntual.

No se pueden tramitar contratos menores de duración superior a un año, ni contratos anuales sucesivos, por mucho que no se supere para cada año la cuantía máxima del menor, siempre que responda a una necesidad continuada en el tiempo y eludir así los principios de publicidad y procedimiento (Informe 14/2014 JCCA de la Generalitat de Catalunya).

Otras consideraciones a tener en cuenta para determinar la existencia de fraccionamiento fraudulento:

- Es indiferente que los contratos presuntamente fraccionados se hayan adjudicado a personas diferentes (Informe 4/2010, JCCA Illes Balears).
- No existirá fraccionamiento irregular, cuando la contratación de varios menores en un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo suscribiendo un contrato menor, al no suponer una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación (Informe 69/2008, JCCA del Estado).

A modo de resumen, para evitar el fraccionamiento indebido de los contratos hay que tener en cuenta: 1- que los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su tramitación debe ser restrictiva; 2- que el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente; 3- que se debe analizar si las distintas prestaciones son o no susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, así como el resto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto; 4- que es necesario que el órgano de contratación realice una programación del gasto público en función de las necesidades a cubrir, para poder tomar la decisión más adecuada al contratar.

En mi opinión, sería conveniente que en una ley como la de contratación que cuenta con más de trescientos artículos, se dedicase alguno de ellos a establecer unas reglas claras sobre el concepto de “unidad funcional”, como ya se hizo con otros conceptos jurídicos indeterminados como el de “modificación sustancial”, y que se plasmen en el texto normativo las conclusiones doctrinales en esta materia. No hay que olvidar que contrato menor es el más utilizado por las administraciones públicas, y que en estos últimos años hemos visto como ha sido el instrumento elegido para llevar a cabo prácticas corruptas, por ello, sería conveniente una mayor regulación de su figura, que empezaría por una minoración de las cuantías máximas para su utilización.