



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 29 de octubre de 2010

Informe 4/2010, de 29 de octubre. Contratos menores. Principios generales de la contratación. Fraccionamiento del objeto de un contrato

Antecedentes

1. El Alcalde del Ayuntamiento de Alcudia ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Conforme con lo que prevé la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, le remito adjunta la solicitud de emisión de informe relativo a consulta sobre la posible contravención de normativa sobre contratos menores.

A la presente solicitud se adjunta el preceptivo informe jurídico.

En el informe jurídico consta la enunciación de las dudas en los términos siguientes:

- a) El hecho de que se trate de una prestación continuada en el tiempo, ejercicio tras ejercicio, con una duración inferior a un año en cada uno de ellos, ¿implica una contravención del límite máximo de duración de un año que para los contratos menores establece el artículo 22.3 de la LCSP?
 - b) ¿Puede variar la respuesta si cambia la empresa contratista?
2. El Alcalde del Ayuntamiento de Alcudia está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas



1. El escrito de consulta no especifica cuál es la duda jurídica o interpretativa que motiva la solicitud de emisión de informe, sino que se limita a señalar que la consulta hace referencia a la posible contravención de la normativa sobre contratos menores. Es en el informe jurídico que acompaña el escrito donde se concreta el objeto de la consulta.

Concretamente, con motivo de la tramitación de un contrato menor se plantean dos cuestiones: la primera hace referencia a la posibilidad de que el objeto de un contrato, que se ha tramitado como contrato menor, se repita en sucesivas anualidades, y si esto supone una contravención del límite máximo de duración de un año de los contratos menores que prevé el artículo 23.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, la LCSP). La segunda cuestión que se plantea es si el hecho de que el adjudicatario del contrato sea diferente en cada anualidad puede hacer variar la respuesta a la primera cuestión.

2. La Ley de Contratos del Sector Público, al igual que las leyes de contratos precedentes, prevé la figura de los contratos menores, que se definen exclusivamente por razón de la cuantía.

De acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP, se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Estas cuantías, de acuerdo con el apartado 2 de la disposición final séptima de la Ley, tienen la consideración de máximas.

Sin embargo, la disposición adicional duodécima, que contiene normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, prevé una nueva categoría de contratos menores, dado que establece que la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago.



3. Los contratos menores se pueden adjudicar directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, tal como establece el artículo 122.3 de la LCSP, siempre que se cumplan las normas relativas al expediente de contratación que contiene el artículo 95.

De acuerdo con el apartado primero del artículo 95, que tiene carácter básico, la tramitación del expediente sólo exige la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos adecuados. Estas exigencias para el contrato menor tienen la consideración de mínimas de acuerdo con el apartado 2 de la disposición final séptima de la Ley, por lo que las comunidades autónomas podrían desarrollar la regulación y aumentar los requisitos para la tramitación de un contrato menor. Incluso podrían rebajar el límite cuantitativo de los contratos menores.

El apartado 2 del artículo 95, que tiene carácter no básico, añade nuevos requerimientos para el contrato menor de obras, en el que deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando así lo requieran normas específicas y que deba solicitarse un informe de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Los contratos menores, de acuerdo con este artículo, así como con los artículos 28.2 y 140.2, no se tienen que formalizar necesariamente, sino que hay que entender que la factura (o el comprobante o recibo, en determinados casos) hace la veces de contrato, tal como indica el artículo 72 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Los contratos menores no pueden tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, tal como establece el artículo 23.3 de la Ley. Además, de acuerdo con el artículo 77.2, no pueden ser objeto de revisión de precios. El objetivo de estas previsiones es incrementar la concurrencia y la transparencia.

4. La Ley de Contratos del Sector Público transpone al ordenamiento interno la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y señala, en la exposición de motivos, que “la identificación de las disposiciones ligadas a las directivas de contratación [...] permite enmarcar de forma nítida el ámbito de



regulación disponible para el legislador nacional, dentro del respeto a los principios y disposiciones del Derecho comunitario originario que determinan la sumisión de toda la contratación pública, cuando menos, a los principios de publicidad y concurrencia”. Por tanto, de la exposición de motivos se deduce que, en principio, los contratos que no están sometidos a las directivas de contratación, deben sujetarse, como mínimo, a los principios de publicidad y concurrencia.

La Directiva 2004/18/CE está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación. Según la Directiva, en la adjudicación de los contratos deben respetarse los principios del Tratado y, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de ellos se derivan, como son el principio de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia.

Esta Directiva responde al objetivo básico del Derecho comunitario de asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, con la finalidad de garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

En el marco impuesto por el Derecho comunitario, el artículo 1 de la LCSP establece el objeto y la finalidad de la Ley de Contratos en los términos siguientes:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por tanto, de acuerdo con este artículo, los principios generales de la contratación (principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos) son de aplicación a toda la contratación pública, de manera que puede entenderse que la no aplicación de estos principios tiene



carácter excepcional, a pesar de que la propia configuración del procedimiento de adjudicación de los contratos menores no permite evidenciar la aplicabilidad de estos principios durante su tramitación.

Es necesario recordar que el Derecho comunitario en materia de contratación no reconoce la figura del contrato menor en los términos en que lo hace la legislación española, ni recoge, entre los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado, los que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor.

Ello no obstante, la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, de 1 de agosto de 2006, establece que en estos contratos las entidades adjudicadoras han de cumplir las normas y los principios del Tratado CE (entre los cuales figuran la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo) y los criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos que ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que se derivan directamente de los principios del Tratado.

En un sentido similar se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otros, la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, *Parking Brixen*, y la sentencia de 14 de junio de 2007, asunto C-6/2005, *Medipac-Kazantzidis*).

5. Además de contener los principios generales de la contratación pública, el artículo 1 de la LCSP cita, como finalidades, la eficiencia en el uso de los fondos públicos (que exige una definición previa de las necesidades a satisfacer), la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Hay que recordar que el artículo 31.2 de la Constitución española dispone que la programación y la ejecución del gasto público responderán a criterios de eficiencia y economía, es decir, requiere una buena administración.

Por tanto, el principio de eficiencia debe orientar la adopción de decisiones en materia de contratación para que las necesidades de la administración se puedan satisfacer con menos fondos públicos.



En conexión con la eficiencia en el uso de los fondos públicos, el artículo 22 de la LCSP, además de indicar que sólo se pueden celebrar los contratos que sean necesarios para cumplir y realizar los fines institucionales del órgano de contratación, dispone que antes de iniciar el procedimiento encaminado a la adjudicación de un contrato deben determinarse con precisión —dejando constancia de ello en la documentación preparatoria— 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.

Así pues, es imprescindible, para una buena gestión, programar adecuadamente y planificar con antelación las actuaciones que tienen que llevarse a cabo, lo que permitirá a los órganos de contratación conseguir las ofertas más ventajosas. Esto exige la definición previa de las necesidades a cubrir y, a continuación, la elección del tipo de contrato y del procedimiento adecuados que se ajusten a las normas y los principios que regulan la contratación. Se trata, en definitiva, de gestionar los intereses públicos con una programación adecuada.

El principio de eficiencia también está presente en los contratos menores, dado que la tramitación es menos costosa que la tramitación de un procedimiento negociado, abierto o restringido.

Como veremos a continuación, en el ámbito de la contratación pública, además del principio de eficiencia, también tiene importancia el principio de eficacia.

6. La exposición de motivos de la LCSP señala que la nueva Ley efectúa una revisión general de la regulación de la gestión contractual, a fin de avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares. Por lo que respecta a los procedimientos de adjudicación, la nueva Ley ha elevado las cuantías que marcan los límites superiores de los procedimientos simplificados (procedimiento negociado y el correspondiente a los contratos menores).

Así pues, tal como reconoce el legislador, los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación de los contratos que tienen un importe más bajo, y permiten, en la práctica, seleccionar libremente al contratista.



La Ley los configura como expedientes que se justifican por razón de su naturaleza y de la cuantía y que se reducen a un procedimiento eficaz y muy simple, como manifestación del principio de eficacia.

La agilidad y la simplicidad en la tramitación de estos tipos de expedientes son, sin duda, la causa de la extensión de su utilización en la práctica, situación que ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente, por el abuso de la contratación menor y el fraccionamiento indebido de los contratos con la finalidad de eludir la aplicación de la normativa contractual y la fiscalización.

Las críticas a la figura del contrato menor ponen de manifiesto que la simplificación del procedimiento de contratación en los contratos menores puede resultar difícil de conciliar con los requisitos y los principios que informan la contratación pública, y que la existencia de esta figura presenta problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario, dado que se podría considerar que no se respetan los principios generales de la contratación.

De acuerdo con lo anterior, hay que considerar que los contratos menores son una herramienta útil que permite la simplificación del procedimiento de contratación en los casos en que la prestación que se debe contratar tiene un importe bajo y se puede ejecutar en un plazo breve (hasta un año), pero se debería utilizar con carácter excepcional.

De hecho, nada impide que los órganos de contratación den publicidad a sus contratos menores para promover la concurrencia, y, que, con esta finalidad, se publiquen anuncios en prensa o en el perfil de contratante y se soliciten presupuestos a diversas empresas, o se lleven a cabo otras actuaciones que permitan a los posibles interesados tener conocimiento de que el órgano de contratación necesita contratar una prestación. Incluso, desde un punto de vista teórico, nada impide que, en virtud de los principios de publicidad y concurrencia, siempre que sea posible, se someta a licitación pública la contratación de las prestaciones cuyo importe permite la elección de la tramitación como contratos menores o, alternativamente, se lleve a cabo un procedimiento negociado sin publicidad.

Corresponde al órgano de contratación, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la competencia y la conveniencia para el interés general, escoger el procedimiento más adecuado en cada caso. Este procedimiento puede ser, porque así lo prevé la Ley, el correspondiente a los contratos menores, figura que permite simplificar el procedimiento de contratación. Sin embargo, con el



objetivo de mejorar la gestión pública, es aconsejable ponderar las ventajas y los inconvenientes que ofrece cada procedimiento y, siempre que sea posible, escoger el que permita respetar al máximo los principios generales de la contratación pública. En definitiva, debe buscarse un equilibrio que permita llevar a cabo una buena administración.

7. La LCSP establece, en el artículo 74, que el objeto del contrato deberá ser determinado y que no podrá fraccionarse con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo, y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento que correspondan, salvo que se pueda dividir en lotes, de conformidad con el apartado 3 de este precepto. La finalidad de esta previsión es evitar el fraude de ley.

Esta Junta Consultiva se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el fraccionamiento del objeto de los contratos, la más reciente en el Informe 1/2009, de 30 de julio.

En este Informe se señala que no se pueden contratar de manera separada, mediante expedientes independientes, las prestaciones que por razón de su naturaleza deberían integrarse en un único objeto o que, consideradas conjuntamente, forman una unidad funcional. Hacerlo puede implicar eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, además de dificultar o imposibilitar la libre concurrencia, en el caso, por ejemplo, de fraccionamiento del objeto de un contrato en diferentes contratos menores o negociados sin publicidad. Además, se afirma que se puede hablar de fraccionamiento cuando razonablemente pueda preverse que la prestación objeto del contrato se debe mantener durante un determinado período que excede del plazo de ejecución o de la duración máximos previstos al inicio de la contratación.

En este sentido, la existencia de diversos contratos menores, tramitados simultánea o consecutivamente, que tienen por objeto diversas prestaciones que, consideradas en su conjunto, forman una unidad operativa o funcional, puede ser un indicio de que se ha fraccionado un contrato indebidamente —y esto es así con independencia de que el adjudicatario sea diferente en cada contrato, dado que lo que se fracciona es el objeto del contrato—. Ello no obstante, como se ha dicho, este hecho es un mero indicio que debe ser objeto de un análisis más detallado.



Ciertamente, en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto¹ — o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aún así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento.

En otros casos, el contrato menor podría considerarse ajustado a Derecho, pese a que es aconsejable cumplir, más allá de lo que exige la Ley, los principios de publicidad y concurrencia.

En definitiva, corresponde al órgano de contratación programar adecuadamente el gasto público y valorar el contenido de la prestación que se tiene que contratar y las circunstancias presentes en cada caso, para tomar, a continuación, la decisión más adecuada.

Conclusiones

1. En la tramitación de los contratos menores deben respetarse las prescripciones de la Ley de Contratos del Sector Público y, por tanto, estos contratos no pueden tener una duración superior a un año ni pueden ser el resultado del fraccionamiento del objeto de un contrato. Para determinar si en el caso de que se contrate, mediante un contrato menor, la misma prestación año tras año hay una vulneración de las normas que regulan la contratación hay que tener en cuenta las consideraciones que se han realizado anteriormente y aplicarlas caso a caso.
2. El fraccionamiento del objeto de un contrato se produce con independencia de que los contratos presuntamente fraccionados se hayan adjudicado a personas diferentes.

¹ El órgano de contratación puede tener conocimiento cierto de esta necesidad directamente, porque tiene la intención de llevar a cabo la contratación o por la existencia de un plan estratégico o de un documento planificador, o indirectamente, por ejemplo, por el contenido de la memoria de los presupuestos generales.