

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 9/2009, de 15 de junio, sobre diversas cuestiones relativas al fraccionamiento de los contratos.

I.- ANTECEDENTES

El Presidente del Instituto de Investigación y Formación Agraria y Pesquera dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“El artículo 74 de la Ley de Contratos del Sector Público, de la misma manera que se hacía en la legislación anterior sobre contratos administrativos, establece la prohibición de fraccionar un 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 corresponda”.

El precepto indicado y su continuación en párrafos posteriores es tan impreciso en su redacción que, en situaciones puntuales puede plantearse la existencia de un fraccionamiento en la contratación sin que la finalidad exista realmente.

Los distintos servicios de una administración, para la satisfacción puntual y eficaz de las necesidades cuyo cumplimiento tiene encomendado, contratan bienes, obras y servicios de su competencia. Al igual que ocurre en el ámbito doméstico o empresarial, el recurso reiterado por parte de la Administración a un proveedor o contratista obedece en muchas ocasiones a razones de confianza, de agilidad, de economía o de seguridad en la calidad de la prestación que dicho proveedor ofrece y en la mayor garantía para la satisfacción del interés o de la necesidad pública que tienen obligación de procurar. En ocasiones puede ocurrir que la suma de prestaciones de contenido semejante realizadas por un mismo proveedor o contratista supere la de la contratación menor. En menor medida puede ocurrir lo mismo cuando diversas prestaciones que se hubieran sustanciado por procedimientos negociados hubieran dado lugar unidas a un procedimiento abierto o restringido o a la necesidad de publicidad.

En muchas ocasiones, por parte de órganos internos o externos de fiscalización y control se suele concluir que prestaciones semejantes llevadas a cabo por un solo contratista constituyen siempre fraccionamiento de un contrato o del objeto del mismo, en base a la pretendida identidad o similitud entre dichas prestaciones, o la simultaneidad o la proximidad entre ellas. Lo cierto es que no siempre es tan clara dicha similitud o identidad, ni están claros los límites temporales ni, en definitiva tiene por qué existir la voluntad de fraccionar un contrato con la finalidad a que hace referencia el artículo 74, sino más bien de satisfacer con la máxima eficiencia y economía de tiempo y medios económicos una necesidad pública.



En resumen, el artículo 74 de la ley de Contratos del Sector Público parece configurar como supuesto de hecho de la existencia de fraccionamiento de un contrato, o de su objeto, la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda. Siendo así, no parece razonable presumir la finalidad defraudadora del órgano de la administración responsable de esa contratación de las normas sino más bien lo contrario, debiendo ser quien alegue la existencia de dicho fraude quien debería probarlo, basándose en razones objetivas y no en puras especulaciones.

Por otra parte existe una dificultad interpretativa en torno al concepto de “contrato” del artículo 74 de la LCSP. Según el artículo 27 de la LCSP el contrato “existe” cuando se perfecciona, mediante su adjudicación definitiva. Aunque es más forzada la interpretación, al objeto de determinar si existe o no fraccionamiento de un contrato podría entenderse quizás que el contrato “existe” desde el momento en que el órgano de contratación determina los elementos esenciales del mismo (objeto, precio, etc.) y expresa su voluntad de instruir el oportuno expediente, mediante un acuerdo de iniciación, la redacción de unos pliegos, etc. En todo caso, un contrato menor no existe ni tiene posibilidad de existir hasta que no se produce ese consentimiento mutuo de obligarse, ese acuerdo de voluntades al que se refiere el artículo 1254 del Código Civil (“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”). Cada uno de esos acuerdos de voluntades se materializa en un contrato diferente. El único documento que prueba o debe probar según la Ley la relación contractual en la contratación menor es la factura. Cada factura es un contrato distinto, no fracciones de un mismo contrato.

Ciertamente, la existencia de un precepto como el artículo 74 de la LCSP es necesario para garantizar los principios de publicidad y concurrencia, y en ocasiones la Administración puede pretender eludir esos principios y este proceder puede dar lugar a la invalidez de sus actos. La Administración debe ser rigurosa en la aplicación y en el respeto a estos principios.

Sin embargo, la afirmación de que en la contratación de una instancia de la Administración, ha sido llevada a cabo con la voluntad premeditada de eludir las normas de publicidad, concurrencia y procedimiento, debería basarse en criterios objetivos y no meramente en la suma automática de los importes de varios contratos, aún cuando las prestaciones de todos ellos pudieran revestir semejantes características.

Por ello, la consulta que se efectúa gira en torno a las siguientes cuestiones:

1º. - ¿Es la finalidad de eludir las normas de publicidad o procedimiento el elemento constitutivo del fraccionamiento a que se refiere el artículo 74 de la LCSP como parece así desprenderse claramente del mismo o más bien la mera adición automática de los importes de diversos contratos de contenido semejantes con un mismo contratista?



2º.- De considerarse que la respuesta es la primera de las opciones, ¿corresponde al órgano de contratación probar que no ha existido la voluntad o finalidad expresada o debe ser, más bien, quien alegue su existencia con argumentos sólidos y constatados y no con un discrecional modo de interpretar esta circunstancia?

3º. - ¿Existen criterios objetivos, lo suficientemente concretos y precisos para entender que un órgano de contratación está actuando con el fin enunciado en el artículo 74 de la LCSP o que, le puedan servir para entender, a pesar del concepto de contrato del artículo 1254 del Código Civil que su actuación futura, mediante acuerdo de voluntades o consentimientos mutuos diferentes puede dar lugar al fraccionamiento de un contrato en los términos del repetido artículo 74?"

II.- INFORME

El órgano consultante plantea diversas cuestiones relativas al fraccionamiento de los contratos. La primera de ellas se refiere a si el elemento constitutivo del fraccionamiento a que se refiere el artículo 74 de la Ley 30/2007, 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) es la finalidad de eludir las normas de publicidad o procedimiento o, más bien, la mera adición automática de los importes de diversos contratos de contenido semejantes con un mismo contratista; la segunda de las consultas se refiere a la prueba, y la tercera, a criterios objetivos para su estimación. Se examinan conjuntamente dada la interrelación existente entre ellas.

El citado artículo 74.2 de la LCSP dispone que: *“No podrá fraccionarse un 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.”*

Los diversos aspectos planteados por el órgano consultante en torno a la problemática del fraccionamiento en la contratación pública, se encuentran íntimamente unida a la categoría legal de los contratos menores ya que, en la generalidad de los casos, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación.

Los contratos menores, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, siguen definiéndose exclusivamente en razón a su importe. En efecto, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo, apartado 3, del artículo 122 de dicho cuerpo legal: *“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”*. El párrafo primero del referido apartado prescribe que: *“Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95”*. Este último precepto, en



su apartado 1, dispone que: “*En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.*”. El singular régimen de los contratos menores termina de completarse en la Ley a través de los artículos 23.3 (no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga), 77.2 (la revisión de precios no tendrá lugar en los contratos menores) y, finalmente, en el artículo 140.2, en cuanto a su formalización. Una mención especial merece el contenido de la disposición adicional duodécima de la Ley en virtud de la cual la suscripción a revistas y otras publicaciones, así como la contratación del acceso a la información contenida en base de datos especializadas, podrá hacerse de acuerdo con las normas establecidas en la Ley para los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada.

El descrito régimen legal configura, claramente, un tipo contractual de tramitación excepcional, que se limita a exigir, como regla general, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente, omitiéndose toda referencia al cumplimiento del resto de requisitos de tramitación de los contratos administrativos contenidos en el Título Primero del Libro II de la Ley de Contratos del Sector Público.

La efectiva concurrencia de esos elementos definidores del contrato menor, no solo permite a los gestores de la Administración una importante simplificación y agilización de la contratación pública, sino que además, y esto es lo realmente trascendental en la contratación menor, posibilita al órgano de contratación excepcionar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, consagrados en el artículo 1 de la Ley.

Si ello es así, debe comprenderse que la tramitación del contrato menor exige cumplida acreditación de su objeto e importe; requisitos éstos que, si bien son exigibles de cualquier tipo de contrato, en éste son absolutamente relevantes por su carácter definitorio y por constituir factores que condicionan su propia existencia, validez y operatividad, en tanto que se erigen en presupuesto normativo para acudir al régimen jurídico excepcional que le es propio.

Si se tiene en cuenta todo lo anterior, y siguiendo la consolidada doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía, el fraccionamiento del objeto del contrato supone la infracción de normas de *ius cogens*, que condiciona la validez de los contratos menores a que éstos no excedan de las cuantías establecidas en el artículo 122.3 de la LCSP. Y es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos.



Podría ocurrir que el órgano de contratación no tenga la intención de eludir los requisitos de publicidad y el procedimiento de adjudicación establecidos legalmente; pero lo cierto es que siempre se produce, al igual que ocurre cuando se da tal intencionalidad, ese efecto.

En otro caso, descuidando la correcta apreciación y justificación de dicho presupuesto normativo en la tramitación de los contratos menores, se podría incurrir en un verdadero fraude legal sorteando, ya sea por error o intencionadamente, una prohibición legal, al reconducir artificiosamente al régimen de los contratos menores una contratación que rebasa los límites cuantitativos establecidos para su aplicación.

Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio), que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad, pues con ella no se persigue penalizar ninguna conducta y sin que tampoco la especificidad de los productos a suministrar, o un error en el cálculo de las previsiones iniciales para su adquisición, sean causas que permitan el fraccionamiento del objeto del contrato vulnerando lo previsto en el artículo 74.2 de la LCSP, por ello en la duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración ha de reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales.

Los órganos de contratación han de ser conscientes de la indisponibilidad de las normas rectoras de la contratación pública; regla jurídicamente vinculada a la satisfacción del interés general y que opera como garantía de los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia. Además, los métodos de contratación abierta y competitiva, en los que se aplican adecuadamente los descritos principios, permiten más concurrencia y la obtención de beneficios por ofertas más ventajosas, cuestión esta última que afecta a la eficiente utilización de los recursos públicos en un periodo como el actual, caracterizado por importantes restricciones presupuestarias.

Resuelta la cuestión principal en los términos expuestos excusa entrar en otras consideraciones planteadas por el órgano consultante.

III.- CONCLUSIÓN

El presupuesto fáctico que determina el fraccionamiento de un contrato es la existencia misma de tal fraccionamiento irregular en los términos previstos en el artículo 74.2 de la LCSP.

Es todo cuanto se ha de informar.

