

Solicitante: Ayuntamiento de la El Paso

Consulta 1/2020, relativa a diversas cuestiones relacionadas con los contratos menores

Acuerdo Plenario: 10 de noviembre de 2020

Texto:

“La regla general establecida en art. 118.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) es la de que los contratos menores del sector público son la forma con que pueden contratarse las obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior a 15.000 euros.

Estos contratos para los que los órganos consultivos, por todos el Informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, plantean una limitación por las características de las prestaciones que pueden ser contratadas, siendo reiterativos en limitar la utilización de los contratos menores solo para satisfacer necesidades puntuales y esporádicas, concretas y perfectamente definidas, y urgentes. A sensu contrario, no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. Entendiendo por necesidades puntuales susceptibles de ser atendidas mediante un contrato menor, aquellas cuya ejecución, dada su naturaleza y duración, no requieran de una previa concreción de derechos y obligaciones de las partes en los correspondientes pliegos de cláusulas y de prescripciones técnicas, ni del ejercicio de potestades administrativas.

En este mismo sentido, el preámbulo de la LCSP, con el objetivo de reducir el contrato menor a situaciones excepcionales, al hablar del procedimiento abierto simplificado, alude a la introducción de una “tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias” (apartado V).

Una cuestión relevante en relación a los mismos es la relativa a la obligación de planificar y programar la contratación de necesidades. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 28.4 de la LCSP, las entidades del Sector Público han de programar la actividad de contratación que desarrollarán cada ejercicio presupuestario o en períodos plurianuales y que dicha actividad ha de ajustarse, en general y siempre que sea posible, a los principios y finalidad establecidos en el artículo 1 de la misma ley.

Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los

contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener necesidad de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.

La planificación de la contratación permite plantear las diferentes opciones para cubrirlas. Además de hacer posible una contratación pública estratégica, en los términos en que se configura en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Así, un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación del contrato, tiene conocimiento de la necesidad de contratar una prestación de carácter unitario, perfectamente definida y que tiene que llevarse a cabo año tras año, pero también si la realización del mismo, si bien no conocida, es razonablemente previsible. En relación con la utilización del contrato menor en el caso de prestaciones sucesivas, el Informe 6/2016, de 27 de abril de 2017 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en respuesta a una cuestión planteada por la Intervención General de la Administración del Estado ante la existencia en un centro gestor de un número muy significativo de facturas relativas al mantenimiento de vehículos de motor, se cuestiona si cada reparación individual constituye en sí misma una unidad funcional o si por el contrario hemos de entender que la unidad de carácter funcional la constituye la necesidad del mantenimiento del parque de vehículos. La respuesta de la Junta es la de considerar que, si bien la Ley no debe interpretarse como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones similares si entre ellas no existe un vínculo operativo real y es cierto que cada contrato facturado puede ejecutarse por separado y, de hecho, así ha ocurrido, todos ellos aluden a prestaciones similares y sucesivas que, aunque cada una de las averías en cuestión puedan ser calificadas como distintas en cada caso, lo cierto es que todas ellas constituyen una unidad funcional a los efectos y en los términos descritos en la normativa vigente.

En este mismo sentido, el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1151, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recoge que la cobertura de una misma necesidad de carácter periódico y previsible a través de contratos anuales, supone incurrir en fraccionamiento al eludir el procedimiento de adjudicación.

En cuanto a la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que tengan algún tipo de relación entre sí, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013 (en adelante, Informe 31/2012), señala que “la idea

fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento”.

Por tanto, resulta determinante para concluir cuándo media identidad o equivalencia entre las distintas prestaciones, el concepto de unidad funcional u operativa, es decir, la existencia de un vínculo operativo entre dichos objetos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Si tal circunstancia se da, la división del contrato implicaría un fraccionamiento no justificado dado que el objeto del contrato es único. Objeto del contrato definido como “un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia.” (Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). La únicas referencias que existen en la LCSP a la unidad funcional u operativa es en los artículos 34 y 101 de la LCSP, cuando señalan, el primero, que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante y, el segundo, cuando regula el método que se debe utilizar para calcular la base del valor estimado del contrato, elemento fundamental para evitar el fraccionamiento ilícito, que establece que en los casos en que el órgano de contratación esté compuesto por diferentes unidades funcionales se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

La unidad funcional, por tanto, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como una aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran un contrato puedan cumplir por sí mismas una función económica o técnica. Cabe entender que existe unidad funcional si las distintas prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que se menoscabe el fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza. En definitiva, todas las prestaciones orientadas a la consecución de una misma finalidad deben dar lugar a una sola respuesta contractual.

Sobre esta materia concreta se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informes 31/2012 y 86/2018 -que cita los anteriores 1/2009 y 15/2016-, entre otros) en el sentido de que existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de

adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente, no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad.

La finalidad de la norma no es otra que impedir el nacimiento de relaciones contractuales, en las que la alteración indebida del objeto pretenda encubrir un fraccionamiento engañoso del contrato, con la intención de disminuir su cuantía y eludir eficiencia.” (Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Las únicas referencias que existen en la LCSP a la unidad funcional u operativa son las que se contienen en los artículos 34 y 101 de la LCSP, cuando señalan, el primero, que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante y, el segundo, cuando regula el método que se debe utilizar para calcular la base del valor estimado del contrato, elemento fundamental para evitar el fraccionamiento ilícito, que establece que en los casos en que el órgano de contratación esté compuesto por diferentes unidades funcionales se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

La unidad funcional, por tanto, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como una aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran un contrato puedan cumplir por sí mismas una función económica o técnica. Cabe entender que existe unidad funcional si las distintas prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que se menoscabe el fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza. En definitiva, todas las prestaciones orientadas a la consecución de una misma finalidad deben dar lugar a una sola respuesta contractual.

Sobre esta materia concreta se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informes 31/2012 y 86/2018 -que cita los anteriores 1/2009 y 15/2016-, entre otros) en el sentido de que existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al correspondiente procedimiento de adjudicación, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente, no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad.

La finalidad de la norma no es otra que impedir el nacimiento de relaciones contractuales, en las que la alteración indebida del objeto pretenda encubrir un fraccionamiento engañoso del

contrato, con la intención de disminuir su cuantía y eludir así las exigencias normativas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación fijados en la Ley.

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.

Aun así, la LCSP no obliga a integrar en un mismo contrato menor dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí, correspondiendo al órgano de contratación determinar si es posible o no la realización por separado de las prestaciones objeto del contrato sin que ello implique una infracción de los límites impuestos por la norma. La Junta Consultiva de Canarias ha analizado en el Informe 1/2010, de 3 de febrero, en que supuestos la contratación separada de prestaciones de la misma naturaleza podría tildarse de fraccionamiento fraudulento del objeto de lo que tendría que haber sido un único contrato, para evitar superar el límite cuantitativo de la contratación menor, y, por el contrario, en qué supuestos este fraccionamiento estará justificado suficientemente por la propia necesidad de que dichas prestaciones sean atendidas mediante contratos diferentes. Para llevar a cabo este análisis recurre a los elementos esenciales del contrato –sujeto, objeto y causa–, para indicar que habrá un único contrato cuando haya coincidencia en estos elementos y que, en cambio, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución adecuada de la prestación que se tenga que realizar motive que uno de estos tres elementos varíe. Así, considera 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.

De aquí la importancia de la memoria justificativa de la necesidad del contrato, que servirá para concretar la causa que, como elemento esencial del mismo, le diferenciará de otros en los que coincidan los sujetos y el objeto.

Respecto a la cuestión concreta de la ejecución de varios alumbrados o asfaltados de diferentes calles del municipio y, por ello, la posibilidad de contratarlos por separado, considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/2012, de 7 de mayo, relativo a la reparación de las aceras de un Ayuntamiento, que la finalidad de favorecer a las pymes no justifica la posibilidad de romper la unidad funcional de todo el contrato, esto es el conjunto de todas las reparaciones previstas.

Sin embargo, en el más reciente Expediente 111/18, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a la pregunta de un ayuntamiento sobre “¿Dos contratos de obra, aparentemente similares, (ejemplo, la pavimentación de una calle "x", y la pavimentación de la

calle "y") tienen objetos equivalentes" concluye que, para determinar si dos contratos tienen objetos equivalentes a efectos de aplicar la limitación establecida en el artículo 118.3 de la Ley, habrá de estarse al concepto de unidad funcional u operativa, correspondiendo al órgano de contratación decidir si es posible o no la realización por separado de las prestaciones objeto del contrato sin que ello implique una infracción de los límites impuestos por la norma.

Por último, la modificación operada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que da nueva redacción al artículo 118 de la LCSP, ha eliminado la justificación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cuantía que limita los contratos menores.

CONCLUSIONES

1.- *Los órganos consultivos plantean, con relación a los contratos menores, una limitación por las características de las prestaciones que pueden ser contratadas, siendo reiterativos en limitar la utilización de los contratos menores solo para satisfacer necesidades puntuales y esporádicas, concretas y perfectamente definidas, y urgentes.*

En este mismo sentido, el preámbulo de la LCSP, con el objetivo de reducir el contrato menor a situaciones excepcionales, al hablar del procedimiento abierto simplificado, alude a la introducción de una "tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias" (apartado V).

2.- *Una cuestión relevante en relación a los mismos es la relativa a la obligación de planificar y programar la contratación de necesidades. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 28.4 de la LCSP, las entidades del Sector Público han de programar la actividad de contratación que desarrollarán cada ejercicio presupuestario o en períodos plurianuales.*

3.- *Un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación del contrato, tiene conocimiento de la necesidad de contratar una prestación de carácter unitario, perfectamente definida y que tiene que llevarse a cabo año tras año, pero también si la realización del mismo, si bien no conocida, es razonablemente previsible.*

4.- *En cuanto a la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que tengan algún tipo de relación entre sí, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013 (en adelante, Informe 31/2012), señala que "la idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que si constituyen una unidad*

operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento”.

5.- *Existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente, no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad.*

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.

6.- *La Junta Consultiva de Canarias en el Informe 1/2010, de 3 de febrero, indica que habrá un único contrato cuando haya coincidencia de los tres elementos-sujeto, objeto y causa- y que, en cambio, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución adecuada de la prestación que se tenga que realizar motive que uno de estos tres elementos varíe.*

7.- *Respecto a la cuestión concreta de la ejecución de varios alumbrados o asfaltados de diferentes calles del municipio y, por ello, la posibilidad de contratarlos por separado, considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/2012, que la finalidad de favorecer a las pymes no justifica la posibilidad de romper la unidad funcional de todo el contrato, esto es el conjunto de todas las reparaciones previstas.*

Sin embargo más recientemente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Expediente 111/18, concluye que, para determinar si dos contratos tienen objetos equivalentes a efectos de aplicar la limitación establecida en el artículo 118.3 de la Ley, habrá de estarse al concepto de unidad funcional u operativa, correspondiendo al órgano de contratación decidir si es posible o no la realización por separado de las prestaciones objeto del contrato sin que ello implique una infracción de los límites impuestos por la norma.

8.- *La modificación operada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que da nueva redacción al artículo 118 de la LCSP, ha eliminado la justificación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cuantía que limita los contratos menores”.*