

A «volteretas» con el fraccionamiento del objeto del contrato público

Jaime Pintos Santiago (autor de contacto)

Socio-director. Jaime Pintos Abogados & Consultores
Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo. UDIMA (España)
jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

José Luis Franco Pintos

Graduado en Derecho
Estudiante del Máster en Práctica de la Abogacía
y del título de Especialista en Contratos Públicos de la UDIMA (España)

1. Introducción

El Informe 7/2023, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado tiene origen en la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Alcalá del Valle (Cádiz) acerca de la posibilidad de hacer uso de diversos contratos menores para la compra de alimentos para una residencia de mayores, cuya gestión directa es competencia de dicho ayuntamiento.

Los motivos, para el ayuntamiento, en los que se funda la posibilidad de realizar las compras de alimentos a través de la utilización de los contratos menores son las características de dichas compras, en particular, que son escalonadas en el tiempo, deben adaptarse a la temporada de los productos u observar la calidad de los mismos.

2. El sentido del informe

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resuelve, como era de esperar, la solicitud del Ayuntamiento de Alcalá del Valle estableciendo que no se puede efectuar un fraccionamiento del contrato con la finalidad de eludir la aplicación de ciertas normas en materia de contratación pública, disponiendo también que corresponde al órgano de contratación fijar en los pliegos las condiciones necesarias para que el contrato sea adjudicado en un procedimiento de licitación de carácter abierto y competitivo, si bien la misma podría haber orientado, por ejemplo, como solución al problema, la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición.

En definitiva, lo que en otras palabras le dice la junta al ayuntamiento es que debe dirimir por sí solo si cada prestación (compra de alimentos) constituye un objeto propio y completo, de modo que no necesite de las restantes para su funcionamiento operativo. En ese caso

podrá sostenerse que su contratación separada no implica el fraccionamiento del contrato. La determinación de estos aspectos exige una labor individualizada de cada órgano de contratación atendiendo a los diferentes aspectos que conforman las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de modo que la separación operativa y funcional de aquellas puede permitir un tratamiento independiente, mientras que un fraccionamiento cuyo único objeto fuese separar contratos que debieran estar unidos con el fin de burlar las reglas de publicidad o de procedimiento será ilícito. La determinación de esta circunstancia depende de diversos factores que pueden variar en cada caso (factores que debe conocer bien el órgano de contratación). Por eso debe ser el órgano de contratación el que, en cada caso concreto y atendiendo a las particularidades propias de cada contrato, habrá de pronunciarse sobre la existencia de un fraccionamiento del contrato¹. A todas luces resulta obvio que, para la compra de alimentos para una residencia de mayores, cuya gestión directa es competencia de dicho ayuntamiento, no es aplicable el criterio de separación operativa y funcional.

3. La argumentación

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para la solución de la cuestión planteada por el ayuntamiento alude en primer lugar al artículo 99.2 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), que dispone lo siguiente: «2. 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».

La junta complementa la argumentación con lo establecido en el artículo 101.4 de la LCSP: «La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan».

Estos dos artículos de la LCSP hacen referencia a la imposibilidad de utilizar la técnica de fraccionar un contrato con la finalidad de eludir las normas o requisitos legales y procedimentales que correspondan. Este supuesto de fraccionamiento indebido con la finalidad de utilizar normas de contratación menos rígidas es un caso que se puede dar en los contratos menores debido a las características de los mismos.

Cabe señalar que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria

¹ Véase Expediente 90/2018, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la interpretación de la disposición adicional novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana del Gobierno del Principado de Asturias.

para realizar la prestación, tal y como establece el artículo 131.3 de la LCSP. Parece desprenderse de este precepto que no es necesario exigir más requisitos que los de tener capacidad de obrar y título habilitante. Quedarían excluidos por tanto los relativos a la solvencia económica o financiera y técnica o profesional, por una parte, y por otra la exigencia de no estar incurso en prohibición de contratar.

Sin embargo, esta afirmación debe considerarse incompatible con la rotundidad empleada por el artículo 65.1 de la LCSP, al señalar cuáles son los requisitos de aptitud para contratar. De conformidad con él,

solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras,

- que tengan plena capacidad de obrar,
- no estén incurso en alguna prohibición de contratar,
- y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional
- o, en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Para que el supuesto contemplado en el artículo 131.3 del TRLCSP pudiera considerarse exceptuado de los términos tajantes de este precepto sería preciso, cuando menos, que lo dijera expresamente. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que la finalidad del artículo 131.3 no es establecer los requisitos que debe reunir el adjudicatario de los contratos menores, sino el hecho de que estos pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación, que este mismo artículo contempla en sus otros apartados².

La limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación, debe ser tenida en cuenta.

En conclusión, la LCSP confiere preponderancia a la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo de los contratos menores, en virtud de la finalidad que persiguen, y que constituye su razón de ser, primando tal simplificación sobre la acreditación formal del cumplimiento del conjunto diverso de requisitos que en todo caso resultarían exigibles, tanto para contratar con el sector público como para dar cumplimiento a todo el conjunto

² Véase Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

normativo regulador de los distintos aspectos de la actividad empresarial (normativa laboral y de seguridad social, normativa fiscal, normativa reguladora de determinadas actividades empresariales o profesionales, etc.), cumplimiento cuya constatación, no resultando adecuada al expediente simplificado de un contrato menor al que se exige de las fases de preparación y adjudicación, compete, no obstante, a los órganos que, en cada uno de los correspondientes sectores normativos, tengan atribuidas las funciones de vigilancia y control de la materia de que se trate³.

Esta modalidad de adjudicación directa solo se admite en el contrato menor, lo que hace que esta sea una de las razones claras para que se produzca el fraccionamiento en diversos contratos menores con la finalidad de evitar procedimientos de adjudicación más rígidos. En consecuencia, la entrada en vigor de la LCSP de 2017 no elimina la posibilidad de utilización de la contratación menor, pero la somete a nuevos requerimientos. La nueva regulación del contrato menor conserva todas las reglas existentes en la normativa precedente. La principal novedad es la que afecta a los cambios en la tramitación del expediente.

De hecho, también es una ventaja del contrato menor respecto a otros tipos contractuales la simplicidad de su expediente, donde según lo recogido en el artículo 118.3 de la LCSP, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, criterios más flexibles que los exigidos en otros tipos contractuales.

Sin embargo, en la LCSP se imponen ciertos límites a los contratos menores, que son de relevancia para el estudio de este supuesto. En el artículo 29.8 de la LCSP se exige un límite temporal al contrato menor, no pudiendo este ser superior a un año de duración ni pudiendo ser objeto de prórroga (más allá de ese año). Respecto del cómputo interesa destacar que la fecha de inicio del cómputo del plazo de duración del contrato menor es la de la aprobación del gasto o la que indique el documento de formalización, si lo hay⁴.

A su vez podemos observar en el artículo 118.1 de la LCSP un límite cuantitativo para los contratos menores, muy por debajo de la media europea⁵.

³ Véase Informe 6/2009, de 30 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

⁴ Véase el comentario al Informe 17/2022, de 10 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el que aborda varias cuestiones relacionadas con el plazo de duración de los contratos menores, con motivo de la consulta formulada por la Dirección General de Financiación y Fondos Europeos a través de la Secretaría General de la Vicepresidencia Primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública. Disponible en <https://derecholocal.es/noticia/fecha-de-inicio-del-computo-del-plazo-de-duracion-del-contrato-menor-la-aprobacion-del-gasto-o-la-que-indique-el-documento-de-formalizacion>

⁵ Véase «La contratación menor en la Unión Europea: ¿dónde estamos con respecto a nuestros vecinos?», en el blog de Jaime Pintos, disponible en <https://www.jaimepintos.com/la-contratacion-menor-en-la-union-europea-donde-estamos-con-respecto-a-nuestros-vecinos/>

Por las características anteriormente señaladas sería recurrente el uso del fraccionamiento de contratos menores dentro de los límites anteriormente citados con la finalidad de sustraerse de normas de contratación más rígidas. Recordemos que la viabilidad jurídica de cualquier operación de esta naturaleza no puede eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de su fraccionamiento, de tal modo que ha de estarse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación, debiendo valorarse cada supuesto en función de su contexto y de sus propias particularidades. En definitiva, si el objeto del contrato es único y se divide en diversos expedientes, habrá fraccionamiento indebido (aplicable al caso objeto de consulta que nos ocupa), no existiendo el mismo cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica⁶.

Pero evidentemente esta técnica del fraccionamiento está totalmente prohibida, tal y como señala reiteradamente la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los diversos informes emitidos sobre esta cuestión:

1. En el informe 41/2017, cuya cuestión principal es la interpretación del artículo 118.3 de la LCSP, si bien es cierto que con su anterior redacción (previa a la modificación por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero), la Junta Consultiva de Contratación ya se pronuncia sobre la técnica del fraccionamiento de contratos menores:
 - Señala que el fraccionamiento indebido de contratos menores queda prohibido en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
 - Establece que es posible celebrar sucesivos contratos menores con una misma persona si «el objeto de los contratos es cualitativamente distinto, o siendo los objetos equivalentes no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico».
 - También alerta de una posibilidad de fraude en el ámbito temporal, ya que tal y como hemos señalado, los contratos menores no pueden exceder de un año ni ser objeto de prórroga (más allá del año). Asimismo, establece que no será necesario realizar la justificación de que no se quiere eludir el límite temporal cuando entre los contratos menores medie más de un año duración.
2. Otro informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que sienta doctrina sobre el fraccionamiento de los contratos menores es el Informe 42/2017, del que cabe resaltar las dos siguientes conclusiones:
 - Que la ley no establece un modo para comprobar los límites del contrato menor ni un sistema de constancia documental en el expediente, aunque el mismo es recomendable.

⁶ Este aporte es quizás lo único positivo que aportó a la contratación pública en España la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, así como su posterior «nota aclaratoria».

- El informe de necesidad del contrato que se recoge en el artículo 118.3 de la LCSP debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio, algo que puede parecer de muy dudosa eficiencia y lógica administrativo-práctica.

Por último, para resolver la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Alcalá del Valle, en el Informe 7/2023 que nos ocupa la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado hace referencia al artículo 28.4 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

En este artículo se establece la obligatoriedad de que la entidad en cuestión programe la actividad de contratación pública, lo que, aplicado al caso concreto, establece la obligación del Ayuntamiento de Alcalá del Valle de tener en cuenta la necesidad de dotar de alimentos a la residencia de mayores por un periodo de tiempo superior a un año. Por lo que, a la par, no sería aplicable la realización de diversos contratos menores para cubrir esta necesidad.

Por todos los motivos señalados anteriormente, la junta resuelve que no existen motivos para acudir a la contratación menor en este supuesto, siendo obligatoria por parte del ayuntamiento realizar la contratación de alimentos para la residencia a través de un procedimiento abierto sometido al principio de libre concurrencia.

Sobre el contrato menor se han escrito ríos de tinta⁷, no siendo objeto de este breve comentario jurisprudencial analizar todo el régimen jurídico aplicable al mismo, no pudiendo no obstante por ello evitar terminar el mismo aportando como sugerencia, para casos como el del Ayuntamiento de Alcalá del Valle, acudir a los sistemas dinámicos de adquisición, y para informes como el de la junta consultiva el incorporar y aconsejar su utilización, dado que todavía hoy siguen siendo en gran medida los grandes olvidados de la contratación pública en España⁸.

⁷ Entre otros, Pintos Santiago, J. (Dir.). (2020). *Todo sobre el contrato menor*. (2.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer-La Ley, cuya 1.ª edición en el año 2019 fue el primer libro monográfico en España que se escribió sobre el contrato menor.

⁸ Véase Pintos Santiago, J. (Dir.). (2021). *Planificación y racionalización de la compra pública* (DUO). Aranzadi.