



Administración local. Contrato administrativo de obras

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

El caso planteado gira en torno a diversas incidencias jurídicas y presupuestarias que se plantean en torno, en primer lugar, a la adjudicación del mismo, toda vez que se utilizó el procedimiento de licitación con negociación sin que del relato de hechos conste la concurrencia de causa para ello. En segundo lugar, son distintas las cuestiones jurídicas planteadas respecto a la ejecución del contrato. Las mismas giran en torno a: una retención de la garantía prestada por el contratista, finalizadas las obras; la pendencia por parte del contratista de deuda tributaria y la posible compensación de la misma; la prórroga del contrato, finalizado el plazo de duración del mismo; la cesión del contrato a un tercero existiendo deudas del contratista con la Administración con anterioridad a la cesión; si respecto a la existencia de crédito para contratar había que estar al presupuesto base de licitación sin tener en cuenta las posibles prórrogas del contrato. Finalmente, se plantea el ajuste a derecho del fraccionamiento del objeto de un contrato respecto a la contratación de una banda de música para varios años, excediendo el presupuesto de la cuantía de un contrato menor.

Palabras clave: contrato administrativo de obras; adjudicación; cesión del contrato; garantía definitiva; prohibición para ser contratista; fiscalización del contrato.

Fecha de entrada: 02-12-2018 / Fecha de aceptación: 18-12-2018

Enunciado

El ayuntamiento, de régimen común, de XXX, desea realizar un contrato, por un importe de 900.000 euros, para el asfaltado de una vía pública de la localidad, a través del procedimiento de licitación con negociación con publicidad. Entre las cláusulas del Pliego de Condiciones se establece que solo podrán tomar parte las empresas del municipio a fin de combatir el paro, verdadera lacra en la referida localidad.

A falta de un mes para finalizar el plazo de la garantía definitiva del contrato de obras, el director de la obra ha detectado una serie de deficiencias y se va a requerir su subsanación. Vencido el plazo de la garantía, ¿se puede retener aquella para asegurar el buen funcionamiento de las obras subsanadas?

El contratista tiene pendiente el pago de una deuda tributaria; el órgano de contratación pregunta si se puede compensar, de oficio, la devolución de una fianza con deudas tributarias que tiene pendiente de pago.

Finalizada la prórroga del contrato, aún no se habían finalizado las obras, sin que la Administración optara por la resolución del mismo, pues entendió que se iba a perder más tiempo en su total finalización. Al órgano de contratación le surge la duda de si es posible la prórroga del contrato, más allá de lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, mientras se tramita una nueva adjudicación.

Por otro lado, todos los años y en las mismas fechas se contrataba a una banda de música para actos protocolarios y fiestas tradicionales. Este año, al órgano de contratación le asalta la duda de si se incurre en fraccionamiento de contrato si se contrata a la banda de música, todos los años y para todas las fiestas tradicionales y actos protocolarios, por un importe anual que supera los límites del contrato menor.

El adjudicatario del contrato de obras, en su momento, ha cedido a otra empresa su contrato, habiéndose seguido el trámite previsto en la normativa. ¿Cuál es la responsabilidad del nuevo prestador del servicio en relación con daños previos a la sucesión?

Otra cuestión que se planteó el órgano de contratación respecto al contrato de obras es si al fiscalizar la existencia de crédito para contratar, hay que estar al presupuesto base de licitación sin tener en cuenta las posibles prórrogas o modificaciones.

Por otro lado, otorgada subvención directa a un vecino, se ha descubierto que tiene deudas con la Seguridad Social y la Administración tributaria. El alcalde pregunta al secretario-interventor cómo se debe proceder.

Cuestiones planteadas:

1. Entre las cláusulas del Pliego de Condiciones se establece que solo podrán tomar parte las empresas de la Comunidad Autónoma de Extremadura a fin de combatir el paro, verdadera lacra en la referida comunidad.
2. A falta de un mes para finalizar el plazo de garantía definitiva del contrato de obras, el director de la obra ha detectado una serie de deficiencias y se va a requerir su subsanación. Vencido el plazo de la garantía, ¿se puede retener para asegurar el buen funcionamiento de las obras subsanadas?
3. ¿Se puede compensar, de oficio, la devolución de una fianza con deudas tributarias que tiene pendiente de pago?
4. ¿Es posible la prórroga del contrato, más allá de lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, mientras se tramita una nueva adjudicación?
5. ¿Se incurre en fraccionamiento de contrato si se contrata a la banda de música, todos los años y para todas las fiestas tradicionales y actos protocolarios, por un importe anual que supera los límites del contrato menor?
6. El adjudicatario de un contrato ha cedido a otra empresa su contrato, habiéndose seguido el trámite previsto en la normativa. ¿Cuál es la responsabilidad del nuevo prestador del servicio en relación con daños previos a la sucesión?
7. Al fiscalizar la existencia de crédito para contratar, ¿hay que estar al presupuesto base de licitación sin tener en cuenta las posibles prórrogas o modificaciones?
8. Otorgada subvención directa a un vecino, se ha descubierto que tiene deudas con la Seguridad Social y la Administración tributaria. ¿Cómo debemos proceder?
9. Se ha presentado denuncia de que se han realizado obras en trasteros para destinarlos a vivienda. ¿Es necesaria autorización judicial si el propietario niega la entrada?

Solución

1. Entre las cláusulas del Pliego de Condiciones se establece que solo podrán tomar parte las empresas de la Comunidad Autónoma de Extremadura a fin de combatir el paro, verdadera lacra en la referida comunidad

Puede utilizarse el procedimiento de licitación con negociación, si estamos ante alguno de los supuestos del artículo 167 –con publicidad– o 168 –sin publicidad– de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Los procedimientos se encuentran regulados en los artículos 169 y 170 de dicha ley.

En el presente caso no se hace constar, de manera expresa, que estemos ante ninguno de los supuestos para tramitarlo por el procedimiento de licitación con negociación, por lo que estaríamos ante un vicio de nulidad absoluta a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), debiendo procederse a la revisión de oficio del mismo por el propio órgano de contratación, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 106.1 de la LPAC.

Si no concurren alguno de estos requisitos se utilizará el procedimiento abierto o restringido, que es la norma general

El derecho europeo tiene entre sus objetivos básicos asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación; y dichos principios se han incorporado en el artículo 1 de nuestra ley de contratos. Y una regulación del procedimiento negociado con publicidad en los términos planteados en la consulta vulneraría los principios mencionados, básicos de la contratación pública, de manera que no se puede establecer, con carácter general, que únicamente se contrate con empresas locales.

Se planteó una consulta similar a la Junta Consultiva de Aragón, y por su similitud, es conveniente la reproducción de las conclusiones del Informe 16/2012, de 19 de septiembre:

I. Las Entidades Locales pueden adjudicar los contratos menores y consultar en los procedimientos negociados a empresarios o profesionales locales, siempre que estos cuenten con plena capacidad de obrar, solvencia suficiente y no se encuentren incurso en prohibición para contratar, al tratarse de contratos de escasa cuantía que no tienen incidencia en el mercado interior, y siempre previo cumplimiento de la obligación de consulta al menos a tres empresas que establece el artículo 4 de la Ley 3/2011 y el artículo 178.1 del TRLCSP.

II. La lógica del contrato menor puede aconsejar que se consulten a las empresas cercanas a la unidad contratante, siempre que el motivo sea siempre una mayor eficacia y eficiencia. Por ello no puede establecerse una regla general, pues la propia prestación demandada por el órgano de contratación será la que posibilite –o no– la opción de consultar solo a empresas de la localidad.

III. Cuando una Entidad Local decide, de forma motivada, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, dispone de la facultad y la obligación que le reconoce el 178.1 del TRLCSP de invitar a participar en el procedimiento al menos a tres empresas en disposición de cumplir el contrato que cumplan los requisitos señalados en el artículo 54 del TRLCSP de plena capacidad de obrar, solvencia económica financiera y técnica y contar, en su caso, con una determinada habilitación empresarial o profesional, radiquen donde radiquen. Y la consulta a empresas de la localidad cuenta con los mismos límites expuestos en el cuerpo de este informe.

Según se indica en este informe, el motivo de la contratación con una determinada empresa en ningún caso puede ser el del carácter local de la misma, al ser este un motivo incompatible tanto con las reglas del derecho comunitario como con el principio de objetividad exigible a toda Administración pública. Sin embargo, es posible consultar a las empresas cercanas al órgano de contratación, siempre que el motivo sea el de una mayor eficacia y eficiencia. «Por ello, no puede establecerse una regla general, pues la propia prestación demandada por el órgano de contratación será la que posibilite –o no– la opción de consultar solo a empresas de la localidad. Empresas que, en todo caso, deberán tener la solvencia necesaria para cumplir adecuadamente el contrato».

Esta cláusula del Pliego incurre en vicio de nulidad absoluta al amparo del artículo 47.1 a) de la LPAC y del artículo 39 de la LCSP, al vulnerar derechos susceptibles de amparo constitucional como es el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

2. A falta de un mes para finalizar el plazo de garantía definitiva del contrato de obras, el director de la obra ha detectado una serie de deficiencias y se va a requerir su subsanación. Vencido el plazo de la garantía, ¿se puede retener para asegurar el buen funcionamiento de las obras subsanadas?

El régimen relativo a la devolución y cancelación de las garantías definitivas se regula en el artículo 111 de la LCSP, que establece que:

La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de este sin culpa del contratista.

Finalizada la ejecución del contrato, la garantía definitiva continuará vigente durante el período de garantía establecido. Este plazo comenzará a contar desde la fecha de recepción o conformidad con la obra; transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, queda extinguida la responsabilidad del contratista.

Si hubiese que subsanar vicios o defectos, como ocurre en el presente asunto, la Administración requerirá al contratista para que lleve a cabo tal subsanación; y, de no hacerlo, contratará con un tercero, o llevará a cabo la subsanación con sus propios medios y a cargo del contratista, detrayendo de la garantía el importe que tales reparaciones supongan.

Durante el plazo necesario para la subsanación de los vicios o defectos detectados no se interrumpe el cómputo del plazo de garantía, ni se reinicia el plazo de garantía.

Así lo establecen el Informe 22/2011, de 15 de diciembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) del Estado relativo a los efectos de la subsanación

de defectos ejecutados durante el plazo de garantía del contrato, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que señala que:

Una vez recibida la obra, el contratista solo responde de los vicios o defectos que puedan aparecer en la obra en el período de garantía, quedando relevado de toda responsabilidad transcurrido dicho período, excepto si la obra se arruinara con posterioridad por vicios ocultos de la construcción debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, que en este caso respondería de los daños y perjuicios durante el término de quince años a contar desde la recepción.

En el caso presente, los vicios de la obra a que se refiere la Administración [...] no eran en absoluto vicios ocultos, sino defectos apreciables a simple vista (lo que se corrobora si se tiene en cuenta que el ayuntamiento mandó repasar en el período de garantía los refuerzos al viento de los paños de carpintería de aluminio de las orejas térmicas, tal como resulta del acta de aceptación de repasos de fecha 31 de octubre de 2000), por lo que no puede pretenderse que el contratista responda de tales defectos más allá del transcurso del plazo de garantía, plazo de garantía que expiró en el supuesto presente en fecha 7 de octubre de 2000, ya que en fecha 7 de octubre de 1999 tuvo lugar la recepción de las obras por parte del ayuntamiento y el plazo de garantía fijado en los pliegos que rigieron la contratación de la obra fue de un año. El hecho de que se impusiera a la contratista la obligación de realizar una serie de remates y repasos de las obras en el plazo de garantía no significa, como pretende la Administración, que efectuados estos vuelva a iniciarse el plazo de un año de garantía que ya se inició con la recepción de las obras, sino que se trata de remates y repasos a efectuar dentro del plazo de garantía.

Finalmente, señalar que la obligación de devolución por parte de la Administración de la garantía nace por el mero transcurso del plazo señalado por la norma, sin que sea necesario que su devolución sea instada por el contratista.

3. ¿Se puede compensar, de oficio, la devolución de una fianza con deudas tributarias que tiene pendiente de pago?

Lo primero que debemos significar es que el artículo 71.1 d) de la LCSP, relativo a las prohibiciones para contratar señala, entre ellas:

No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en la misma cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante real decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Además, según el 72.1 de la LCSP se apreciará esta causa automáticamente por el órgano de contratación y subsistirá mientras se mantenga la causa. Por ello, a este contratista no se le debió adjudicar el contrato, estando en presencia de otra causa de nulidad del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39 b) del LCSP.

En cuanto a cuestión planteada indicamos que las garantías presentadas para la ejecución de obras o en materia de contratos solo responden, en principio, de las responsabilidades a que se hallen afectas, no pudiendo ser utilizadas para otras finalidades. En este sentido es claro el LCSP, en materia de contratos, cuando limita la responsabilidad a que están afectas. Por ello, el artículo 111 establece que, aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

Ahora bien, tratándose de depósitos o garantías en metálico, desde el momento en que se aprueba su devolución se convierte en un crédito en dinero que el depositante tiene contra el depositario. Y en este momento sí que es embargable o compensable de oficio.

Por ello, el artículo 65 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al regular la devolución y embargo de garantías, admite que el órgano que deba devolver la garantía se abstenga de devolver las garantías en metálico o en valores, aun cuando resultase procedente por inexistencia de responsabilidades derivadas del contrato, cuando

haya mediado providencia de embargo dictada por órgano jurisdiccional o administrativo competente. Y ello, como hemos dicho, porque una vez acordada la devolución, lo que el acreedor tiene es un simple derecho de cobro –un crédito en metálico– que será de oficio por deudas tributarias como cualquier otro crédito, ya que se dan los requisitos del artículo 73.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT 2003), y estamos ante deudas vencidas, líquidas y exigibles.

4. ¿Es posible la prórroga del contrato, más allá de lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, mientras se tramita una nueva adjudicación?

En relación con las prórrogas de los contratos de gestión de servicios públicos, es unánime la doctrina y la jurisprudencia en entender que el régimen de prórrogas expresas que trajo a nuestro derecho la Ley 53/1999, de 28 de diciembre que modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, afectó a cualquier contrato en ejecución en ese momento. Las prórrogas van a requerir siempre acuerdo expreso de las partes (en la actualidad el art. 29 LCSP es claro: «sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes»).

El Informe de la JCCA 24/2004, de 7 de junio, concluye que no caben prórrogas tácitas aunque estuviesen previstos en los pliegos elaborados y aprobados con anterioridad a la modificación apuntada. En el mismo sentido se pronuncia el Informe JCCA 35/2004, de 8 de julio. Únicamente en el ámbito de la contratación privada, el Informe JCCA 38/2006, de 30 de octubre considera que son posibles las prórrogas tácitas si su legislación específica lo prevé, ya que esta cuestión corresponde a los efectos y extinción de los contratos, que se rigen para estos por las normas de derecho privado. También se manifiesta en este sentido el Informe 7/2009, de 30 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña sobre la prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos, que concluye que a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, las prórrogas tácitas tienen que ser rechazadas.

Prevista expresamente la prórroga del contrato que nos ocupa en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la cuestión es si es posible prorrogarlo más allá de lo previsto en el pliego. Esto es, si es posible su prórroga forzosa o excepcional.

Hoy, a falta de este amparo normativo, nos planteamos si es posible que el concesionario de un servicio continúe prestándolo por el tiempo necesario hasta que el nuevo concesionario se pueda hacer cargo de él. Entendemos que sí en circunstancias especiales de dependencia del fin de una licitación.

Esa misma regla de continuidad del servicio inspira el contenido, hoy, del artículo 42.3 de la LCSP:

Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

El Informe 7/2005, de 4 de octubre, de 2005 de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, afirma que, en aplicación del artículo 235.^a del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (equivalente al primero de los citados en esta enumeración), en caso de extinción normal del contrato de gestión de servicios públicos el contratista tendrá que prestar el servicio hasta que otro se haga cargo de su gestión. De acuerdo con esta previsión, una vez agotado el plazo contractual podría darse la circunstancia de que el contratista tuviese que seguir prestando el servicio transitoriamente, sin que eso fuese conceptualizado como prórroga.

Resultaría ineficaz, desde un punto de vista económico, iniciar un nuevo expediente de contratación que amparara la prestación hasta que se decidiera el nuevo adjudicatario, ya que la Administración debe concentrar sus medios en impulsar lo más rápidamente posible el expediente que ya se encuentra en trámite.

En conclusión, creemos que es posible que el actual contratista continúe prestando el objeto del contrato durante un corto período más de tiempo, hasta que se seleccione al nuevo adjudicatario.

Ahora bien, entendemos que esta continuidad con el mismo contratista, a la vista del régimen de prórrogas vigente, sería fraudulenta si no se está tramitando un nuevo expediente de contratación; ya que sin esta pendencia, desaparece la excepcionalidad que motiva la situación transitoria. Y el mantenimiento del contratista únicamente sería posible modificando el contrato inicialmente firmado, cuestión que, dependiendo de su alcance, podría ser calificada como sustancial, incumpliendo lo previsto en la normativa reguladora de los contratos públicos.

5. ¿Se incurre en fraccionamiento de contrato si se contrata a la banda de música, todos los años y para todas las fiestas tradicionales y actos protocolarios, por un importe anual que supera los límites del contrato menor?

Señala el artículo 99.2 de la LCSP 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.

Por su parte, el resto del artículo 99 señala que:

1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que

se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

[...]

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

4. Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las dos limitaciones a que se refieren las letras a) y b) anteriores, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuando se introduzca la limitación a que se refiere la letra b) anterior, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios

o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

Salvo lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares, a efectos de las limitaciones previstas en las letras a) y b) anteriores, en las uniones de empresarios serán estas y no sus componentes las consideradas candidato o licitador.

Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición.

5. Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.

b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.

c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

6. Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.

7. En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

Se hace necesario analizar las circunstancias que en cada caso permitan 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. Vamos a mencionar algunos pronunciamientos doctrinales sobre supuestos concretos.

La JCCA del Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con el fraccionamiento de contratos, por ejemplo, mediante Informe 69/2008, de 31 de marzo de 2009 (La Ley 1192/2009), en el que establece que existirá fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas.

La JCCA del Gobierno de Canarias, en su Informe 1/2010, de 3 de febrero (La Ley 16/2010) en relación con los suministros de materiales de construcción y de alimentos, dispuso:

Si el suministro de materiales de construcción se realiza 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 de almacén que, beneficiándose de la disminución de precios derivado de una recomendable planificación y consiguiente economía de escala, le permita atender las necesidades de las futuras obras a acometer por el ayuntamiento (alternativa b), tal suministro 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.

Conviene mencionar, igualmente, lo dispuesto por la JCCA de Canarias, en el Informe 1/2010, de 3 de febrero, indicando que habrá un único contrato cuando haya coincidencia en los elementos sujeto, objeto y causa y, sin embargo, 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. 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».

La Junta Consultiva de las Islas Baleares, mediante Informe 4/2010, de 29 de octubre (La Ley 36/2011), dispone 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 cierto, 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, aun así tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento».

Por su parte, la Intervención General de la Comunidad de Madrid, en su Informe de fecha 14 de junio de 2013, concluye que los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación de los contratos, por lo que su tramitación debe conciliarse con los requisitos y principios que informan la contratación pública; que el órgano de contratación ha de realizar la programación del gasto público en función de las necesidades a cubrir y así tomar la decisión más adecuada al contratar; y, que para enjuiciar la existencia de fraccionamiento no se pueden establecer unos criterios generales, sino que hay que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Siguiendo la doctrina de los informes expuestos y analizando el supuesto planteado sobre la contratación de la banda de música para los actos tradicionales y los actos protocolarios del año, consideramos que, dado que se conocen previamente cuáles son las festividades y actos en el ejercicio económico y, por lo tanto, se conocen las necesidades concretas del servicio de la banda de música, sus actuaciones deben ser contratadas de forma conjunta. Estamos ante un servicio que se repite en diversas ocasiones dentro del ejercicio; pero, además, también se reitera año tras año, con lo que el fraccionamiento en contratos menores tiene visos de ser fraudulento. Ello no obsta a que pueda surgir una necesidad nueva de actuación de la banda de música, no previsible, la cual sí se podría realizar mediante contrato menor.

6. El adjudicatario de un contrato ha cedido a otra empresa su contrato, habiéndose seguido el trámite previsto en la normativa. ¿Cuál es la responsabilidad del nuevo prestador del servicio en relación con daños previos a la sucesión?

Señala el artículo 216.1 de la LCSP que el contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.

Entendemos que el alcance que ha de darse al tercer párrafo del artículo 215.3 de la LCSP, cuando afirma que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumben al cedente, incorporando, por ello, a ese cuerpo las que derivaran de actuaciones pasadas, sin perjuicio de los pactos que hayan podido existir entre las partes para la imputación final de esos daños, como parte a quien la Administración puede reclamar, se sitúa en la persona que actualmente realiza la prestación, que a todos los efectos es el contratista.

La JCCA en su Informe 30/2001, de 13 de noviembre de 2002, considera que las operaciones de sucesión son de más amplio contenido que las de cesión, que únicamente afectan a los derechos y obligaciones de un contrato.

7. Al fiscalizar la existencia de crédito para contratar, ¿hay que estar al presupuesto base de licitación sin tener en cuenta las posibles prórrogas o modificaciones?

La cuestión de la existencia y adecuación del crédito es un elemento fundamental en el ejercicio de la función fiscalizadora, sea plena o limitada. Refiriéndose a esta última, el artículo 219.2 letra a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece que ha de comprobarse por el interventor «la existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer». Por otro lado, el artículo 116.3 de la LCSP, cuando habla del contenido del expediente de contratación dice: «Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya», siendo parte del contenido mínimo del contrato, tal y como dispone el artículo 35 de la LCSP:

Salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

f) El precio cierto, o el modo de determinarlo.

k) El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.

Podemos observar la LCSP dictamina que el precio del contrato debe de ser cierto, es decir, cerrado (excepto casos concretos). Por lo tanto, solo podemos certificar el crédito de un precio base, nunca de una prórroga que no se sabe si se produciría, ni en caso de producirse, cuánto gasto supondría para la entidad local.

En el caso de que se produzca una prórroga y a la vez esta produzca gasto para la entidad, tendría que acreditarse la existencia de crédito para esa prórroga, siendo una fiscalización diferente a la fiscalización del precio del contrato, que, como ya hemos dicho, es un precio cerrado, sin contar las eventualidades que pudieran acarrear, como pueden ser prórrogas, revisiones de precios o modificaciones de contratos que puedan hacer variar el gasto.

En conclusión, la existencia de crédito tendría que acreditarse sobre el precio de licitación. Aunque es cierto que la legislación no dictamina expresamente que las prórrogas del presupuesto no se engloben en dicha fiscalización inicial (existencia de crédito), siendo una interpretación del sentido de dicha fiscalización, ya que no se puede certificar un crédito que no sabemos si se va a autorizar.

En la disposición adicional tercera de la LCSP se señala, en su apartado 4.º, que en los contratos celebrados en los municipios de menos de 5.000 habitantes, la aprobación del gasto podrá ser sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el secretario-interventor o, en su caso, por el interventor de la corporación.

8. Otorgada subvención directa a un vecino, se ha descubierto que tiene deudas con la Seguridad Social y la Administración Tributaria. ¿Cómo debemos proceder?

Entre los requisitos para ser beneficiario de una subvención, se encuentra el no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes (art. 13.e Ley 38/2003, de 17 de noviembre (BOE del 18), General de Subvenciones [LGS]).

Para poder responder a la consulta, hay que partir de dos supuestos diferentes: que la documentación presentada con motivo de la concesión fuera falsa; o que, simplemente, fuera una documentación incorrecta por estar, por ejemplo, caducada y que dicha circunstancia pasara desapercibida por el ente gestor.

En el primer supuesto (que la documentación presentada fuera falsa), nos hallamos ante un supuesto de reintegro tipificado en el artículo 37.1 a) de la LGS: «Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido». En este supuesto, lo que debe hacerse es iniciar el correspondiente procedimiento de declaración de pérdida de derecho al cobro de la subvención conforme al artículo 89 y siguientes del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (BOE del 25), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones. En este caso, además, nos hallamos ante una infracción muy grave descrita en el artículo 58 a) de la LGS; por lo que se deberá, además, incoarse el correspondiente procedimiento sancionador, a fin de imponer las sanciones previstas en el artículo 63 de la LGS.

En el segundo caso (que la documentación fuera incorrecta), la resolución de concesión sería, a nuestro entender, nula de pleno derecho, al haberse conferido al beneficiario un derecho cuando carecía de los requisitos para ello (art. 47.1.h LPAC). Por tanto, el órgano concedente deberá proceder a la revisión de oficio de dicho acto conforme a lo previsto en el artículo 106 de la LPAC, al que se remite en el artículo 36.2 de la LGS.

9. Se ha presentado denuncia de que se han realizado obras en trasteros para destinarlos a vivienda. ¿Es necesaria autorización judicial si el propietario niega la entrada?

Como es sabido, el artículo 18.2 de la Constitución Española declara la inviolabilidad del domicilio; negando cualquier entrada o registro sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.

Este precepto ha planteado, desde su vigencia, la cuestión de qué habrá que entender por domicilio a los efectos constitucionales, puesto que en el ordenamiento jurídico español existe una pluralidad de domicilios legales. Así, el domicilio regulado en el artículo 40 del

Código Civil; el domicilio en Derecho administrativo, como lo es en el ámbito de la población de los entes locales o en el régimen electoral; el domicilio o morada en Derecho penal, al tratar del allanamiento, etc.

El concepto de domicilio a efectos constitucionales ha sido objeto de determinación por la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la Sentencia de 17 de febrero de 1984, que destaca que la protección otorgada por el artículo 18.2 del Código Civil es una protección instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona y su familia; y que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Intimidación y privacidad personal y familiar que, por otra parte, se desarrolla en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se podría pensar si unas dependencias, como son unos trasteros a los que el ayuntamiento considera necesario acceder e inspeccionar por posible infracción urbanística, constituyen, en sí, domicilio; lo que no ofrece la menor duda, ya que aunque tengan una finalidad de almacén o depósito material no por eso se excluyen de lo privado e íntimo.

Dicho esto, la negativa del particular a la entrada de los servicios municipales para realizar la correspondiente comprobación de la denuncia en los referidos trasteros obliga a la obtención de la oportuna autorización judicial, lo que ya se prevé en el artículo 100.3 de la LPAC.

La forma de actuación por parte del ayuntamiento puede seguir los siguientes pasos:

1. Presentación, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, de escrito de la alcaldía en el cual se resuman los hechos que motivan la entrada en el citado domicilio, con el fin de su inspección técnica a los efectos de instrucción del procedimiento de infracción urbanística.

Es conveniente hacer constar al juzgado las personas integrantes de los servicios municipales que han de entrar en el domicilio.

2. Una vez obtenida la autorización, la alcaldía deberá dictar resolución en la que se hagan constar día y hora en que tendrán lugar las actuaciones y se transcriba la autorización judicial. Conviene hacer constar que cualquier acto de oposición o resistencia a la entrada de los servicios municipales en el domicilio se pondrá inmediatamente en conocimiento del Juzgado de Instrucción competente, por si revistiese delito o falta de desobediencia a la autoridad.
3. Dicha resolución deberá comunicarse en debida forma al titular del domicilio.

Por tratarse de un acto no definitivo, sino de mero trámite, consideramos que no procede el ofrecimiento de recursos contra el mismo.



Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 18.
- Ley 38/2003 (General de Subvenciones), arts. 13, 36, 37 y 38.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 11, 29, 35, 42, 71, 72, 99, 167, 168, 169, 170, 215, 216 y 219 y disp. adic. tercera.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLHL), art. 219.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento de la Ley de Contratos), art. 65.