



Expediente 39/18 Posible fraccionamiento del objeto del contrato en contratos de campañas publicitarias.

Clasificación del informe: 3. Requisitos de los contratos. 3.3. División de lotes.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Albacete dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“De conformidad con lo establecido en el art. 328 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, en relación con lo previsto en el art. 17 del Real Decreto 30/1991, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por considerarlo de interés para el Ayuntamiento de Albacete, y vista la propuesta del Jefe de Gabinete de esta Alcaldía se eleva al referido órgano la siguiente consulta:

Se plantea la presente consulta para clarificar la situación que se produce con la contratación de publicidad institucional en los diferentes medios de comunicación. Considerando que el objetivo de la publicidad institucional es llegar a la mayor audiencia posible, constituye un hecho cierto que el objeto de las campañas institucionales es diferente en función del tipo de campaña de publicidad que se trata porque ni el propio objeto de la campaña, ni los destinatarios, ni los mensajes, ni los contenidos son los mismos.



Es necesario determinar si a efectos de contratación de la publicidad institucional, las distintas campañas, individualmente consideradas y con las peculiaridades que se indican a continuación, constituyen unidades funcionales independientes, de tal manera que sería posible su contratación separada mediante contratos menores sin que este hecho pudiera ser considerado fragmentación del objeto del contrato.

Por poner ejemplos, no tiene la misma finalidad anunciar la Feria de Albacete que se dirige a un público objetivo que tiene como fin promocionar las fiestas de la ciudad, que la publicidad para dar a conocer la apertura de plazos para presentar solicitudes a programas del Ayuntamiento como las Becas para Jóvenes Titulados (que requiere de dos fases una dirigida a la presentación de empresas y otra para la presentación de los propios titulados y que es una línea de subvenciones de hasta 137.000 euros), como tampoco es igual anunciar la Media Maratón de Albacete (que se dirige a animar a la participación en la prueba deportiva por excelencia de Albacete) o la apertura de plazo para que los padres puedan presentar instancias para optar a una plaza en una de las escuelas infantiles municipales. Además, en función del público objetivo, la campaña se orienta más hacia un tipo de medios u otros, como por ejemplo si es público juvenil se insertaría la campaña en radiofórmulas o campañas más tradicionales en medios más convencionales.

A continuación se relacionan las campañas que en principio está previsto realizar este año en los que se puede comprobar que el objeto y destinatarios no son los mismos. De hecho, tampoco está claro el número de campañas de publicidad institucional a realizar porque es algo muy volátil que depende de muchos factores como de la continuidad del programa de un año para otro e incluso de posibles imprevistos que puedan surgir a lo largo del año o de la necesidad de los diferentes servicios de reforzar con publicidad institucional la comunicación con los ciudadanos de un determinado programa o línea de subvenciones a las que eventualmente puedan optar.

(...)



Considerando los antecedentes anteriores, se plantean las cuestiones siguientes,

CUESTIONES:

1. ¿Las prestaciones típicas de este contrato tienen un objeto equivalente (campañas publicitarias para divulgar aspectos institucionales del Ayuntamiento de Albacete), pero difieren en cuanto al objeto de la campaña, los destinatarios, los mensajes, los contenidos, etc., por lo que pudieran constituir unidades funcionales independientes, de tal manera que sería posible su contratación separada mediante contratos menores sin que este hecho pudiera ser considerado fragmentación del objeto del contrato o, en caso contrario, se entendería que son contratos de tracto sucesivo o recurrentes y sería necesario adjudicarlos a través del procedimiento de adjudicación legalmente aplicable, distinto del contrato menor? .

2. Si consideran que no puede utilizarse la figura del contrato menor, no obstante lo anterior y, con respecto a las campañas de publicidad que no tienen una periodicidad anual, ¿podría contratarse de manera independiente y, en estos casos, siempre que no superen las cuantías ni el plazo de duración sea superior al año, entonces, sí podría utilizarse tal figura?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Albacete plantea a esta Junta Consultiva cuestiones relativas al posible fraccionamiento indebido de varios contratos cuyo objeto son las campañas publicitarias que el Consistorio prevé realizar en un determinado ejercicio.



2. Esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha analizado un supuesto idéntico con ocasión de su informe 15/2016, de 1 de marzo de 2018, en el que aludimos a nuestro previo informe 1/09. En el meritado informe se concluyó que existía una relación entre la prohibición de fraccionamiento indebido del contrato y la unidad funcional y operativa de su objeto señalando que: *“existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida éste 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”*.

3. Sentado el objeto de la consulta en los términos expuestos, antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas procede reiterar el criterio de esta Junta Consultiva expresado en anteriores ocasiones (informes 62/96, 46/98, 31/98, 7/06 o 18/12, entre otros) en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a órganos distintos de esta Junta Consultiva, como sucede, por ejemplo, con el informe preceptivo de los pliegos. Por el contrario a esta Junta Consultiva le compete dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general. Por ello la intervención de esta Junta, por vía de informe, debe limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir controversias concretas.

Partiendo de la consideración anterior, resulta necesario responder las cuestiones desde una perspectiva general, atendiendo a situaciones jurídicas que pueden producirse en expedientes de contratación de manera generalizada y no de forma concreta en el supuesto que se plantea, sin perjuicio del análisis que pudiera



realizarse en su aplicación por el Ayuntamiento de Albacete y por sus servicios jurídicos respecto a las campañas publicitarias concretas a que alude su consulta, atendiendo a su objeto y contenido.

4. Como ya expusimos en nuestro informe de 1 de marzo de 2018 el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato previsto en el artículo 74.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, posteriormente recogido en idénticos términos en el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y finalmente incorporado 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, ha sido objeto de análisis por esta Junta consultiva en diversos informes, más allá del mencionado informe 1/09. La conclusión que se deriva de todos ellos es la misma: existe un fraccionamiento indebido del objeto de contrato siempre que se divida éste 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, operando este principio como un límite a la discrecionalidad del órgano de contratación.

A este respecto, cabe traer a colación lo señalado por esta Junta Consultiva en el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, en el que se señala lo siguiente:

“Esta Junta Consultiva considera que con carácter general le corresponde al órgano de contratación decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato que establece el artículo 86.2 del Texto



Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido es reiterada la doctrina de esta Junta Consultiva (informes nº 31/12, de 7 de mayo, 1/09, de 25 de septiembre, 16/09, de 31 de marzo de 2009, 57/09, de 1 de febrero, 69/08, de 31 de marzo, entre otros) en el sentido de que esta norma tiene por objeto tratar de evitar el fraude legal tendente a la elusión de la aplicación de ciertas normas en materia de publicidad y relativas a los procedimientos de adjudicación cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. No es su finalidad, según esto, obligar a agrupar en un solo contrato prestaciones distintas por el simple hecho de que compartan la misma naturaleza y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma también independiente.

En realidad, el citado principio de no fragmentación fraudulenta del objeto del contrato solo operará cuando pueda hablarse de “fragmentación” como tal, esto es, según reiterada doctrina de esta Junta Consultiva (informe 31/12, entre otros), cuando entre las diferentes prestaciones que pretenden contratarse (o partes de éstas) exista un vínculo operativo. Cuando este sea el caso la discrecionalidad del órgano de contratación para tramitar una pluralidad de expedientes de contratación que culminen en una pluralidad de contratos se encontrará con el límite del citado principio que consagra el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”

4. Partiendo de las afirmaciones anteriores la consideración de la contratación separada de cada una de las campañas como fraccionamiento a los efectos de que opere la limitación mencionada deberá verificarse a la luz de la existencia o no de vinculación operativa entre ellas. La elaboración y aprobación de un plan anual de publicidad y comunicación institucional por parte de una Administración, que incluya las campañas a realizar durante un ejercicio, responde a principios



generales de la actividad administrativa como son la planificación, la eficacia y la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (artículo 3.1.g), h) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). En el ámbito de la Administración General del Estado, la obligación de planificar esta actividad viene establecida en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, cuyo artículo 12 prevé la realización de un Plan anual en el que se especificaran, al menos, las indicaciones necesarias sobre el objetivo de cada campaña, el coste previsible, el periodo de ejecución, las herramientas de comunicación utilizadas, el sentido de los mensajes, sus destinatarios y los organismos y entidades afectadas.

Ahora bien, y al igual que sucede en otros ámbitos de la actividad pública que son objeto de planificación, la inclusión de un conjunto de campañas de publicidad y comunicación en un plan anual no implica que exista una vinculación operativa a los efectos de entender que deba realizarse una contratación conjunta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La finalidad común o la semejanza en sus prestaciones que derivan de su inclusión en un mismo plan no bastan para que exista una unidad operativa o funcional entre las campañas. Esta existirá, como señala el informe de esta Junta 31/2012, de 7 de mayo *“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”*.

En definitiva, si cada campaña constituye un objeto propio y completo, sin necesitar de otras para su funcionamiento operativo, 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 las campañas 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.

Por tanto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no puede pronunciarse en términos genéricos acerca de la independencia funcional de cada campaña publicitaria. Los elementos que deben regir la labor interpretativa de cada órgano de contratación son los expuestos en el cuerpo del presente informe en relación con la vinculación operativa y la unidad funcional de los contratos y con el fraccionamiento indebido de los mismos.

CONCLUSIONES:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. La existencia de un conjunto de campañas de publicidad y comunicación realizadas por el mismo Ayuntamiento no implica que exista entre ellas una vinculación operativa ni una unidad funcional a los efectos de entender que deba realizarse una contratación conjunta o de que pueda considerarse que existe una independencia funcional que permita, en todo caso, acudir a la figura del contrato menor.
2. Corresponde al órgano de contratación, en su ámbito de discrecionalidad, la determinación de si procede tramitar uno o varios expedientes de contratación atendiendo a las condiciones específicas de cada prestación.