



Expediente 41/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.

Clasificación del informe: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores.

ANTECEDENTES

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

“La nueva ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en su artículo 118.3 sobre los contratos menores indica literalmente que “En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168. a) 2º”

Se solicita a la Junta Consultiva la emisión de un dictamen sobre cómo debe interpretarse la expresión siguiente: “En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”. Sin perjuicio de que la Junta informe lo que estime pertinente, se le solicita que aclare expresamente si:



-Esta expresión opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, se entiende que por ejercicio presupuestario –la ley no lo indica-, con independencia de que se trate de objetos radicalmente independientes.

- Si por el contrario, y dada la sistemática de dicha expresión, debe entenderse que es a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor del que se trate, de tal manera que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con el Ayuntamiento diversos contratos menores, siempre que aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa se trate de contratos con objetos distintos nítidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El objeto de la presente consulta consiste en determinar el sentido que ha de darse a la nueva regla que, en relación con los contratos menores, se contiene en el artículo 118.3 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. El meritado precepto, novedoso en relación con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece lo siguiente:

“En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a) 2º.”



De la redacción transcrita se deduce que en el expediente de contratación propio de los contratos menores habrá que justificar la concurrencia de dos circunstancias:

- Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

2. Es precisamente en este último punto donde surge la duda a la entidad consultante. La interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Tal conclusión representa un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del propio principio de concurrencia, produciendo un resultado completamente irregular. En este sentido, si bien es cierto que en el marco de la contratación directa singularizada que representa el contrato menor la concurrencia no es un principio exigible en la selección del contratista, en el conjunto de contratos menores que se pueden adjudicar en un determinado ente público a lo largo del tiempo la limitación que aneja la



interpretación literal del precepto resulta desproporcionada, al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado uno anteriormente y superen el umbral legal.

Por esta razón es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, tal como hemos expuesto, de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico.

Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o



- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

También cabe, mediante esta interpretación, limitar la posibilidad de fraude cuando cualitativamente las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto. Esta circunstancia puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas.

3. Es evidente, a juicio de este órgano consultivo, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.



Por esta razón, la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

4. Por lo que hace al límite temporal de estas condiciones, cuestión no consultada expresamente pero que se deriva necesariamente del conjunto del precepto, parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles, tal como venimos sosteniendo en este dictamen, valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición, y la necesidad de justificación en el expediente que anuda, pueda considerarse indefinida.

Pues bien, tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.



Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.
- Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
- La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.



- Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.