



## **Expediente 22/18**

### **Materia: Contratos menores de I+D+I.**

La Universidad de Huelva ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

*“Por este Rectorado de la Universidad de Huelva, como órgano de contratación de la misma, se eleva CONSULTA a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para que por ésta se emita dictamen sobre los siguientes extremos:*

*El art. 8 de la novísima Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP) excluye expresamente de su ámbito objetivo de aplicación los negocios y contratos de Investigación, Desarrollo e Innovación determinados por el citado precepto.*

*Artículo 8 Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación*

*«Quedan excluidos de la presente Ley los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes:*

- a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.*
- b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.»*

*Como es sabido, es consustancial a las Universidades públicas la actividad de estudio, docencia e investigación, cuya relevancia desde el punto de vista social está enfatizada por el*



*reconocimiento constitucional en el art. 27 de la CE de la autonomía universitaria así como por el hecho de que desde la primera norma que se dictó en la materia, la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, hasta la actual Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, así como, en lógica concordancia, por el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, en todas estas leyes se proclama que la actividad de investigación, la docencia y el estudio con el que la Universidad desarrolla la educación superior es un servicio público del que es piedra angular las universidades públicas. Pues como señala el art. 21.4 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, son las universidades públicas las llamadas a garantizar el derecho de acceso de todos a la educación superior en condiciones de igualdad.*

*Por consiguiente, dentro de dicha labor de investigación, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP todos los contratos de investigación y desarrollo que suscriba la Universidad de Huelva -y, por ende, cualquier Universidad Pública-, en el marco de su labor investigadora y, salvo en el supuesto en que concurra en los mismos la excepción del art. 8 in fine.*

*No obstante, para aquellos contratos de Investigación, Desarrollo e Innovación que, por excepción, sí estén incluidos en el ámbito de la LCSP y que, además, por razón de su cuantía puedan ser adjudicados conforme a las normas del art. 118 LCSP, es obligado ponerlos en conexión con las conclusiones formuladas en los Informes de esta Junta Consultiva núm. 41/2017 y 42/2017, en relación con el citado precepto.*

*Más concretamente, en dichos informes se concluye a favor de la posibilidad de flexibilizar una aplicación rigurosa de la norma, en el sentido de permitir la ejecución de sucesivos contratos menores por parte de un mismo operador económico en los siguientes 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.*

*Así las cosas, entiende este órgano de contratación que los contratos de investigación sometidos a la LCSP, cuando puedan ser tramitados como contratos menores, deben permitir*



*la aplicación de la flexibilidad aludida, en la que medida en que determinadas actuaciones, en materia de I+D, por parte de las Universidades Públicas puedan considerarse como unidad de ejecución diferenciada en lo económico y lo jurídico con respecto a la globalidad de las actividades docentes e investigadoras desarrolladas por la entidad beneficiaria.*

*Desde esta última perspectiva, procede hacer las siguientes tres (3) consideraciones:*

*Primero: Parece que hay un espacio para que estas actividades precisen de la contratación menor, puesto que resultan de difícil o imposible cumplimiento efectivo, en este ámbito, las obligaciones de planificación previstas en el artículo 128, en particular en su apartado cuarto, en virtud del cual:*

*"4. Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos 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".*

*Resulta cuando menos complejo realizar tales previsiones en una actividad que, por lo general, se basa en la obtención o formalización de contratos, ayudas o subvenciones cuyo pago y periodo de ejecución se desconocen a priori.*

*Segundo: En relación con la exigencia de contabilidad separada para los fondos europeos.*

*En el ámbito de la I+D resulta habitual que los programas estatales y regionales se articulen en base a la cofinanciación de fondos europeos en sus diversas variantes.*

*Como consecuencia de ello, el beneficiario debe dar a tales fondos un tratamiento específico que se traduce en la exigencia de contabilización separada de los mismos sobre la base de las exigencias establecidas en el artículo 125.4 del Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas*



*al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo, que dispone lo siguiente:*

*"4. En lo que respecta a la gestión y el control financieros del programa operativo, la autoridad de gestión deberá:*

*b) garantizar que los beneficiarios que participan en la ejecución de las operaciones reembolsadas sobre la base de los costes subvencionables en los que se haya incurrido efectivamente o bien lleven un sistema de contabilidad aparte, o bien asignen un código contable adecuado a todas las transacciones relacionadas con una operación;"*

*La entidad beneficiaria viene por tanto obligada a dar un tratamiento diferenciado de carácter finalista a los citados fondos que se caracterizan por estar vinculados en exclusiva a la obtención de un fin (el desarrollo del objeto del proyecto).*

*Debe señalarse en este punto que la exigencia de contabilidad separada se incorpora de forma común al texto de las bases reguladoras de subvenciones en materia de I+D.*

*Tercero: En cuanto a la vinculación del gasto al objeto de la actividad subvencionada, en materia de actividades de I+D resulta de aplicación, además de la normativa de los fondos comunitarios subyacentes, la normativa Estatal de aplicación y en particular la relativa al ámbito de las subvenciones.*

*Así la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones establece:*

*Artículo 31. Gastos subvencionables.*

*1. Se consideran gastos subvencionables, a los efectos previstos en esta ley, aquellos que de manera indubitada respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada, resulten estrictamente necesarios y se realicen en el plazo establecido por las diferentes bases reguladoras de las subvenciones.*



*Se establece por tanto una vinculación absoluta entre los gastos a realizar y el objeto o finalidad perseguidos por la ayuda que viene a considerarse como una unidad de ejecución.*

*En este sentido cabe citar el Artículo 14 del citado texto en el que se establece:*

*"Obligaciones de los beneficiarios.*

*1. Son obligaciones del beneficiario:*

*a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones".*

*El proyecto se configura, por tanto, como unidad de objeto indisoluble, sujeto a todo tipo de actuaciones de control y verificación y los fondos asignados al mismo como unidad independiente en un sentido presupuestario.*

*Los argumentos expuestos justifican, en definitiva, la consulta dirigida a esta Junta sobre la idea de que las actividades de I+D, canalizadas a través de sus vías tradicionales (proyectos de investigación y contratos de los artículos 68 y 83 LOU), constituyen una unidad diferenciada en lo económico y lo jurídico, que permitiría una aplicación flexible del art. 118.3 LCSP en el caso de que proceda acudir a la contratación menor, tal y como señalan los Informes 41/2017 y 42/2017, emitidos por esta misma Junta.*

*Señalar, finalmente, que tanto el art. 8 LCSP como el art. 118 LCSP, salvo en su apartado 2, tienen el carácter de legislación básica, lo que justifica la elevación por este Rectorado de la Universidad de Huelva, como órgano de contratación de la misma, de la presente consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado."*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. La Universidad de Huelva plantea consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado acerca de la posibilidad de aplicar a los contratos de I+D+I las reglas de los contratos menores, especialmente en lo que hace a su no consideración como una



unidad en lo jurídico y en lo económico a los efectos de la interpretación de lo dispuesto en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2. Este precepto, que ha sido objeto de una extensa interpretación en nuestros dictámenes 41 y 42/2017, de 1 de marzo de 2018, proscribe la celebración de sucesivos contratos menores de forma fraudulenta con el fin de defraudar los umbrales de la contratación menor mediante un fraccionamiento artificioso del contrato. Su adaptación a los contratos de I+D+I exige realizar una exégesis de las circunstancias de cada contrato en particular pues la regla, tal como ha sido configurada en la ley, es de aplicación a cualquier tipo de contrato que esté sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Aunque los contratos de I+D+I suelen tener unas características concretas que pueden llegar a dificultar la planificación previa por parte del órgano de contratación, que pueden exigir una contabilidad separada y que pueden suponer, cuando van precedidas de una subvención pública concedida con una finalidad específica, que las cantidades que el órgano de contratación disponga estén rígidamente vinculadas a la realización del contrato, tales características pueden o no concurrir. Dependiendo de la forma de contratación que el ente contratante escoja en estos supuestos cabrá considerar que la prestación es independiente de la de otros contratos menores o bien entender que no es así.

3. Por esta razón, los términos en que está redactada la consulta son excesivamente genéricos. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entiende que no cabe hacer una declaración tan tajante como la que en ella se plantea, si bien lo cierto es que en aquellos supuestos en que el análisis casuístico nos permita llegar a la conclusión de que no existe posibilidad de fraccionamiento ilícito atendiendo a otros contratos menores precedentes podremos decir que estos contratos constituyen una unidad distinta y que no opera la limitación del artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Por el contrario, pueden existir ciertos supuestos en los que el contrato de I+D+I no esté configurado de aquella manera. Nótese, en este sentido, que la definición de cada supuesto es una operación que exige la aplicación del método jurídico a cada caso concreto y que el órgano de contratación puede disponer la contratación según unas condiciones que puedan llevar a un fraccionamiento ilícito del contrato incluso cuando está precedido de una subvención pública, por ejemplo, mediante la división artificiosa de su objeto en periodos



sucesivos insertos en el periodo más amplio que concedan las bases de la subvención. Obviamente en estos supuestos la limitación sí debe operar, impidiendo el fraude de ley que representa esta conducta.

4. Es evidente que de los diferentes factores que hay que tener en cuenta a la hora de determinar si ha existido un fraude en el empleo del contrato menor tanto la planificación como la sujeción del objeto del contrato a los límites de un proyecto constituyen factores de gran relevancia. Pero bajo el criterio de esta Junta Consultiva no son los únicos y la casuística puede desbordar la estricta declaración que se nos solicita.

Por lo expuesto, podemos alcanzar las siguientes

#### **CONCLUSIONES**

- Como otros tipos de contratos, por su materia y características habituales, los contratos de I+D+I son susceptibles de configurarse como una unidad independiente en lo económico y en lo jurídico sin que les sea de aplicación la limitación del artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- La libertad de configuración del contrato que disfrutan los órganos de contratación impide hacer una declaración general a este respecto, debiendo analizarse en cada caso si concurre la limitación a que alude el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.