



LA RAZÓN HISTÓRICA

Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas

ISSN 1989-2659

Número 57, Año 2023, páginas 212-220

www.revistalarazonhistorica.com

EL CONTRATO MENOR: UN CALADERO INAGOTABLE DE FRAUDE

Francisco Javier Araniguría Rodrigo
Ayuntamiento de Tolosa (España)

Aquellos que vean las siglas LCSP y que no hayan tenido relación con la administración pública, más allá del pago de impuestos al que todos estamos sometidos, desconocerán el significado de esas siglas y la trascendencia de las mismas. Esas cuatro letras hacen referencia a un objetivo perseguido por el legislador español, pero sobre todo, a una imposición de la Unión Europea que tenía, entre otros, el objetivo de atajar los casos de corrupción económico-política acaecidos en España durante el boom del ladrillo.

Ley de Contratos del Sector Público. Ese es el significado de esas cuatro letras que aunque puedan resultar indiferentes para el común de los mortales, suponen un auténtico manual de gestión para las administraciones públicas en todos sus niveles, desde la Unión Europea hasta las entidades que integran la administración local. Y es que aquel 9 de noviembre de 2017 en que se publicó en el Boletín Oficial del Estado 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, nació una nueva etapa para la contratación en la administración pública española. Se transponían, o lo que es lo mismo, se incorporaban al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23 y 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, que tenían como finalidad coordinar, unificar y modernizar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios en el seno de la Unión Europea. De esta manera, además, se actualizaba el Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

que ya había incorporado, asimismo, otra Directiva anterior sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Pero esta nueva ley, además de establecer novedades procedimentales e incorporar nuevos criterios sociales y medioambientales, tiene como objetivos fundamentales la transparencia, la simplificación de los procedimientos y la utilización de las tecnologías informáticas para agilizar las contrataciones; de esta manera, se fomenta además la participación de las pymes en las licitaciones públicas.

Ni que decir tiene, que en el espíritu de esta LCSP se encuentra la necesidad de evitar las prácticas de favoritismo y de contratos adjudicados a dedo, que con demasiada frecuencia se habían dado con anterioridad a la aprobación de esta nueva ley. Por tanto, con esta nueva legislación, se debería haber puesto coto a los contratos adjudicados a amigos a través de los procedimientos negociados sin publicidad, por razón de la cuantía. Es decir, los 347 artículos, 55 disposiciones adicionales, 16 disposiciones finales y 4 anexos con los que cuenta la Ley, deberían ser un auténtico baluarte para proteger a la administración y a los ciudadanos de la mala praxis de otros tiempos; pero en este muro que debería ser infranqueable, existe una grieta que no deja de poner en riesgo la estabilidad de todo el conjunto. Se trata del artículo 118 de la LCSP, que en apenas un tercio de página, frente a las 268 que tiene la Ley, abre un auténtico boquete en la rigurosidad de la Ley.

En este artículo 118 se define de forma sucinta lo que es un contrato menor y se dan un par de pinceladas sobre el procedimiento a seguir con los mismos. Básicamente, y según lo dispuesto en la Ley, un contrato menor es aquel cuyo valor estimado (no tiene en cuenta el IVA) es inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios. Dado esto, no parece que un artículo tan simple pueda acarrear unas consecuencias tan enormes como las que se dan a diario en la práctica; de ahí que éste haya tenido que ser interpretado y matizado en innumerables ocasiones dada la trascendencia del mismo.

Llegados a este punto habrá surgido la duda del porqué de la importancia del contrato menor y de sus consecuencias en la contratación pública; y para ello hay que recurrir a distintas sentencias, resoluciones, interpretaciones y demás matizaciones que diversos órganos han tenido que dictar para intentar aportar luz y al mismo tiempo, intentar controlar algo que supone una auténtica sangría de los principios de la contratación pública.

A diferencia de los procedimientos ordinarios previstos en la LCSP, en los que la tramitación puede extenderse durante meses, la adjudicación de los contratos menores no se realiza a través del complejo procedimiento de licitación, sino que se efectúa a través de un expediente administrativo muy reducido en el que se justifican

las necesidades que la administración posee y que pretende satisfacer con el contrato, y que, mediante la realización del mismo, no se está llevando un fraccionamiento para así eludir la tramitación de una licitación. La existencia los contratos menores apuesta por la agilidad e inmediatez, lo que ha dado lugar a un uso abusivo por parte de la administración de esta tipología de contratos, en detrimento de la transparencia, la publicidad y la concurrencia competitiva, que son los pilares fundamentales sobre los que tiene que fundamentarse la contratación pública.

Si ya de por sí el contrato menor constituía una suerte de procedimiento sumarísimo y de adjudicación directa a un contratista, con la modificación introducida por el Real Decreto-ley 3/2020, la limitación anual por proveedor que en los contratos menores no podía sobrepasar el importe antes mencionado, quedó derogada. De esta forma, se pasó a poder adjudicar a un mismo contratista múltiples contratos menores hasta los límites establecidos (40.000 euros cuando se trate de contratos de obras y 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios) para contratos con objetos distintos. Así, la derogación o modificación de dicha limitación en la LCSP supone la desaparición del límite anual por proveedor en los contratos menores, e implica que el órgano contratante no tiene el deber de acreditar que aquél no ha realizado ningún contrato menor (individual o conjuntamente) que sobrepase dicho límite anual. Es decir, se permite adjudicar directamente a una mismo tercero hasta 15.000 ó 40.000 euros en contratos menores por cada tipo de objeto, y es precisamente ahí donde radica la picaresca, ya que es el propio órgano de contratación el que va a definir el objeto del contrato y el que tendrá que justificar, en el caso de que se lo exijan, que se trata de objetos distintos a otros anteriores.

Cuando la ley establece que no puede fraccionarse el contrato “con la finalidad” de eludir la publicidad, está introduciendo un matiz muy importante a la vez que peligroso, ya que esa finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia es lo que va a marcar a definir un fraccionamiento como fraudulento. Así, la doctrina ha reiterado que existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que éste se divida 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. Esto que en la teoría puede resultar sencillo y, sobre todo, lógico en la realidad no hace sino abrir un abanico inmenso de posibilidades y casos que exigirían una valoración en cada caso. En este sentido se han manifestado diversas Juntas Consultivas de Contratación, entre ellas las de Andalucía, afirmando que la utilización del contrato menor debe ser objeto de una interpretación estricta y debe obedecer a una necesidad imprescindible, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos. Es indiferente que el órgano de contratación tenga o no intención de evitar los principios de publicidad y concurrencia porque lo cierto es que si el fraccionamiento no

es correcto, se produce este efecto. La consideración de fraudulento de un contrato fraccionado debe tener una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad, pues con ella no se persigue penalizar ninguna conducta. Por tanto, del criterio de la Junta Consultiva de Andalucía se puede colegir que si lo prohibido no es la intención de eludir la publicidad, sino que el resultado suponga alterar las condiciones de publicidad o permitir un procedimiento de licitación distinto, eso conllevaría que la realización de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular si la misma adquisición mediante un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor, tal como citaba Cristina Clementina Arenas Alegría en el artículo publicado en la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019).

Esa interpretación viene a decir, por tanto, que si esas partes que se pretenden adjudicar se licitan conforme a las reglas que habría que aplicar para adjudicar el todo, no se estará ante un supuesto de fraccionamiento indebido de contrato. De esta manera el objeto del contrato podrá dividirse en tantas partes se quiera, sin dar lugar a un fraccionamiento indebido, siempre y cuando no se esté vulnerando el concepto de unidad funcional. En otras palabras, para concluir que se está produciendo un fraccionamiento de contrato habrá que atender por un lado a la existencia o no de la intención de eludir las normas de publicidad y por otro, al objeto del contrato en sí y a la intención de dividir aquello que funcionalmente no es divisible por constituir un todo. De este modo si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos contratos, aunque no existiera una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido.

Por tanto, dado lo anterior, cabe preguntarse por qué esa profusión de contratos menores, adjudicados al mismo contratista, con idéntico objeto y realizados de forma recurrente vulnerando la ley. Todo esto parte de la posibilidad que la ley ofrece de permitir una adjudicación directa un determinado proveedor, por lo que la posibilidad de beneficiar a un determinado sujeto en reiteradas ocasiones adquiere carta de naturaleza. Pudiera plantearse por tanto, la cuestión de si para eliminar la consideración de fraudulento de un fraccionamiento basta con que los distintos contratos se hayan adjudicado a distintos sujetos. A estos efectos la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha considerado que es indiferente que el adjudicatario sea distinto, porque lo que se fracciona es el objeto.

Otro criterio utilizado como indicativo de un fraccionamiento fraudulento es la existencia de contratos recurrentes, es decir, aquellos que se repiten con determinada frecuencia. La existencia de diversos contratos menores con un mismo objeto, realizados simultáneamente es, a todas luces, indiciaria de un fraude. Si bien resulta menos sospechosa, la existencia de diversos contratos menores tramitados consecutivamente que tienen por objeto prestaciones que forman una unidad operativa,

es también un indicio de fraude. En este caso, hay que considerar que la ley es estática y rígida, mientras que las compras a realizar durante todo un ejercicio son algo dinámico y, muchas veces, poco previsible. A estos efectos, es imprescindible proceder a realizar una previsión anual de los contratos que una administración va a verse obligada a realizar; algo similar a lo que se hace a la hora de elaborar los presupuestos de la administración en cuestión. Esta tarea, además de suponer un trabajo de planificación y racionalización de los recursos públicos, conlleva importantes ventajas a la hora de reducir los fraccionamientos y los contratos recurrentes.

Llegados a este punto, la mejor forma de ilustrar todo lo anterior es un ejemplo de los que se da continuamente en cualquier ayuntamiento de España; la compra de treinta farolas para diversas zonas del municipio. Se trataría de un contrato de suministros y si el importe de dicho suministro sin IVA (valor estimado) fuera superior a quince mil euros, habría que realizar una licitación. Dicha licitación conllevaría la redacción de unos pliegos de prescripciones técnicas y administrativas y el consecuente procedimiento administrativo que se dilataría en torno a dos meses. En ese momento surgiría la tentación de proceder a comprar únicamente diez farolas para determinada calle y utilizar para ello un contrato menor. De esa manera, se le adjudicarían a determinado proveedor los doce mil euros que costaran esas farolas. Pasados unos meses, y justificando lo injustificable, dirían que es necesario adquirir otras diez farolas y que esta compra no se había podido prever; así, se encargarían al mismo proveedor farolas por importe de otros doce mil euros. En definitiva, se habrían adjudicado a un mismo proveedor dos contratos menores, recurrentes y con el mismo objeto. Y como más adelante diré, esta actuación, que a todas luces incumple la ley, encontrará defensores a ultranza que utilizarán mil subterfugios para justificar lo injustificable. Por tanto, se puede concluir que el criterio más utilizado para determinar la existencia de un fraccionamiento fraudulento, junto con el resultado de la vulneración de las normas de publicidad y concurrencia, lo constituye el hecho de que el objeto del contrato constituya una única unidad funcional desde el punto de vista técnico y económico, es decir que los distintos contratos persigan una misma finalidad técnica y económica.

El concepto de unidad técnica y económica aparece claramente delimitado en la Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-16/98, en la que se trataba de analizar si había habido fraccionamiento fraudulento respecto a la adjudicación del alumbrado público y del suministro de energía eléctrica en un mismo departamento. En todo caso la Sentencia remite la valoración de la existencia de unidad funcional en función del contexto de cada caso. Implícitamente la Junta Consultiva de Contratación de Canarias utiliza este mismo criterio, aunque lo identifica con la “causa de contratar”, indicando que existirá un único contrato cuando haya coincidencia de los 3 elementos esenciales que integran un contrato: sujeto, objeto y causa y, en cambio, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución

adecuada de la prestación motive que uno de estos tres elementos varíe. Así, concluye que no existirá fraccionamiento fraudulento cuando después de haberse realizado un primer contrato se tenga que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación, porque, aunque sujeto y objeto coinciden, la causa es diferente. Esto, como cita Cristina Clementina Arenas Alegría en el artículo publicado en la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019), necesita de un elemento ya anteriormente citado: la planificación; ya que no tienen causas diferentes las prestaciones sucesivas en el tiempo si pudieron ser previstas en el contrato inicial.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, recurso 293/2016 de 11 de enero de 2017, al manifestar que existiendo unidad económica y técnica de la prestación y que resulte conveniente fraccionar el contrato, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, dividido en lotes. De esta forma no se vulneraría el requisito de publicidad, ya que el valor estimado del contrato sería el de la suma de todos sus lotes y conforme a éste habría que realizar la tramitación correspondiente. Abre por tanto esta alternativa otra vía que trae como novedad esta ley y es la de la división en lotes de los contratos, ya que si un contrato es susceptible de división en lotes debe justificarse la no división. Esta no división en lotes de un contrato puede encontrar en ocasiones su justificación en la dificultad técnica o en la ineficiencia que supondría tener que dividir en lotes un todo, para obtener partes que aun no siendo independientes entre sí, pueden realizarse de forma independiente. Esto que puede resultar difícil de explicar con palabras se da continuamente en la vida real, básicamente en los contratos de obras.

Valga como ejemplo el caso de que haya que derribar un edificio abandonado, para urbanizar una zona y posteriormente, en una parte del solar, construir un edificio municipal. El contrato podría dividirse en tres lotes: el primero para el derribo del edificio existente, el segundo para la urbanización de la zona, y el último, para la construcción de un edificio. Al licitar el contrato por lotes podría resultar que los lotes dos y tres se adjudicaran sin problemas, pero que nadie optara al lote uno y hubiera que declararlo desierto. Así, habría que volver a licitar dicho lote, mientras que los adjudicatarios de los lotes dos y tres tendrían que esperar a que la administración formalizara el correspondiente contrato del lote uno. Por otro lado, hay que tener en cuenta que se estarían perdiendo las sinergias y las economías de escala que conllevaría trocear un todo en partes independientes, es decir, se crearía una dificultad técnica y una ineficiencia por dividir en lotes aquello que desde el principio tendría que haber sido tratado de forma integral como un único contrato.

Aunque a la vista del ejemplo pueda parecer que quedaría justificada la no división en lotes, no es menos verdad que esa no división conllevaría restricciones a la participación de las pequeñas y medianas empresas, pues los requisitos exigidos de

solvencia económico-financiera y técnica harían inviable la participación de aquellas en licitaciones con un elevado importe.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones, a los efectos de considerar correcto o incorrecto el fraccionamiento del objeto del contrato, habrá que considerar el principio de concurrencia, que podría colisionar con la regla general de no división del contrato, pero sin olvidar la eficiente utilización de fondos públicos, de donde se desprende, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, principio que, en relación con esta cuestión exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, recuerda también el Tribunal que son también principios básicos de la contratación del sector público la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia. Por tanto, la solución se encuentra en la ponderación conjunta de unos y otros principios para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

En este mismo sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales de 5 de junio de 2013 al señalar que la intención de racionalizar y unificar la contratación con vistas a reducir el gasto, constituye una finalidad de interés general que justifica suficientemente la decisión discrecional de licitar un único contrato sin acordar la división en lotes, y ello porque *“la integración de todas las prestaciones de servicios en el contrato tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y, a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita su integración, siendo así que “todo ello forma parte de la libre voluntad de órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación”*.

Dado lo anterior, los poderes adjudicadores pueden tener la tentación de justificar de forma más o menos estricta la no división en lotes amparados en una necesaria actuación integral para la ejecución del contrato. Esto, en ocasiones, no hace sino enmascarar el deseo de los departamentos técnicos de las administraciones públicas de tener un único interlocutor con el que despachar todos los asuntos relacionados con un contrato y que de existir diversos lotes, exigiría un mayor esfuerzo y trabajo a dicho personal público. Dicho de otra forma, no se puede justificar la no

división en lotes amparándose en el argumento de que la participación de las pymes entorpece la buena gestión pública y la eficacia y eficiencia en el gasto público. Parece entonces, que con todo esto han quedado solucionados los problemas que podría acarrear la utilización del contrato menor, pero nada más lejos de la realidad. Aun cuando se exige que las administraciones deben pedir, al menos, tres ofertas antes de adjudicar el expediente mediante contrato menor, la picaresca lleva a solicitar esos presupuestos siempre a las mismos proveedores, con lo que, por mera estadística, la probabilidad de conseguir un contrato público es muy elevada. Por otro lado, existen las conocidas “ofertas de acompañamiento”, por las cuales dos empresas presentan ofertas, con el mero propósito de dar cobertura legal a una tercera empresa que desde el principio se sabe va a resultar adjudicataria del contrato. En este caso también, la estadística se encarga de hacer su trabajo que será refrendado e impulsado por funcionarios y políticos, que lejos de aplicar la ley, se decantarán por hacer “lo que siempre se ha hecho”. Y esto es lo que convierte un instrumento tan útil como es el contrato menor, en un caladero inagotable de fraude en el que de forma directa se pueden adjudicar contratos a determinados contratistas. Y aunque estas actuaciones poco diligentes difícilmente llegan al conocimiento general de los ciudadanos de a pie, existen numerosos procedimientos de exigencia de responsabilidades penales a autoridades y funcionarios en materia de contratación pública, siendo el delito más común es el de prevaricación en la contratación administrativa. Tal como sostiene María Pilar Batet Jiménez en su artículo *“La delgada línea entre la irregularidad administrativa y el delito en contratación pública”*, ni toda infracción administrativa, ni toda irregularidad en la tramitación de un expediente, ni toda omisión de un trámite legalmente exigido pueden ser calificadas como constitutivas de un delito de prevaricación. Según el artículo 404 del Código Penal, la prevaricación hace referencia *“a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”*.

Dado que se trata de un delito especial, únicamente pueden cometer el delito de prevaricación una autoridad o un funcionario público. Como presupuesto necesario para que se desencadene esta conducta, ha de existir una resolución administrativa, ya sea expresa o tácita. Es decir, que debe haber un acto administrativo que contenga una declaración de voluntad o algún otro tipo de contenido. Además, la arbitrariedad ha de ser grave y objetiva, suponiendo una incompatibilidad notoria y manifiesta entre la resolución y lo que establezca el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia sostiene que dicha contradicción tiene que ser grosera, notable, flagrante, clamorosa, o que desborde la legislación vigente. Otro de los requisitos in-

dispensables para que se pueda hablar de prevaricación, es que la resolución arbitraria ha de ser dictada a sabiendas de su injusticia, es decir, se corresponde con el dolo directo. Por tanto, se ha de tener conciencia y voluntad de dictar una resolución arbitraria. En este sentido, lo que se sanciona es la arbitrariedad y no sólo la mera ilegalidad. Por tanto, la prevaricación administrativa conlleva una arbitrariedad a sabiendas. No es suficiente la mera ilegalidad, pues la jurisdicción contencioso-administrativa se encarga de la misma sin que sea necesaria la aplicación del derecho penal. Se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

Por tanto, se puede concluir que dictar una sentencia por prevaricación exige que además de darse los supuestos previstos en la ley, se haya constatado una arbitrariedad grave, y que la resolución dictada sea contraria al ordenamiento jurídico. Pero no se debe perder de vista que dicho delito también puede ser imputado a funcionarios que asuman la tramitación de los expedientes de contratación, de ahí la importancia de que éstos, además de contar con los conocimientos técnicos necesarios, posean la suficiente independencia respecto del poder político, para poder así servir al bien común con objetividad e imparcialidad y siempre bajo el imperio de la ley.