

Marta Riera López
Técnica de Auditoría
Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias

Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo

RESUMEN/ABSTRACT:

El objeto del presente artículo es abordar cómo la modificación de la normativa básica en contratación pública ha sufrido numerosos cambios desde el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio hasta el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, afectando esto a la figura de la contratación menor y cómo en el afán de facilitar y agilizar el procedimiento administrativo de contratación de la administración pública ha sido allanado el camino no solamente hacia un posible fraccionamiento sino también al uso desmesurado de la figura del contrato menor; todo ello realizando una breve parada en dos casos singulares e interesantes que pueden ser encontrados en el desarrollo de las labores de fiscalización con carácter recurrente: los tratamientos selvícolas y la suscripción a revistas y otras publicaciones.

The purpose of this article is to address how the basic regulations of public contracting have undergone many changes since the Royal Legislative Decree 2/2000, on June 16th until the Royal Legislative Decree 3/2011, on November 14th and how these changes have affected minor contracting.

Furthermore, this article aims to discuss how the desire to facilitate and accelerate the Public Administration's contract process has paved the way not only towards a division, but also towards misuse of the minor contract and thus leading to possible harmful consequences. The article will take a quick look at two interesting cases that can be found frequently in auditing activities: silviculture treatments and subscriptions to journals and other publications.

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

CONTRATACIÓN PÚBLICA, CONTRATO MENOR, FRACCIONAMIENTO, FRAUDE DE LEY, TRATAMIENTO SELVÍCOLA
PUBLIC CONTRACTING, MINOR CONTRACT, CONTRACT SPLIT, FRAUD, SILVICULTURE TREATMENT

CONTRATOS MENORES

La legislación básica en materia de contratación está presidida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo fin, tal y como se recoge en el artículo primero del mismo es “garantizar (que la contratación del sector público) se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Dentro del ámbito de la contratación existe una modalidad de contratos para la cual el TRLCSP establece unos límites de carácter cuantitativo y temporal; estos son los contratos menores.

El artículo 138.3. TRLCSP estipula que podrá ser un contrato menor aquel cuyo importe sea inferior a 50.000 euros en el caso de las obras, y 18.000 euros cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación a las obras, servicios, suministros centralizados en el ámbito estatal, matizando el primer párrafo del citado apartado 3 que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario que cuente con la habilitación profesional necesaria para la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.

Tal y como señala el ex-subdirector general de compras del Estado (2007 y 2011) “los expedientes de contratos menores encuentran su justificación en la propia naturaleza y escasa cuantía, que demandan un procedimiento simple y eficaz en beneficio del interés público; por tanto, el órgano de contratación tiene libertad de adquirir o contratar de modo directo obras, productos o servicios”.

Con respecto al umbral cuantitativo citado anteriormente, se pronuncian casi paralelamente la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su Dictamen 1/2008, de 20 de mayo, y la Abogacía General del Estado a través de la Circular 3/2008 alcanzando la conclusión de que, a todos los efectos, términos como “presupuesto”, “presupuesto del contrato” e “importe” se refieren en cualquier caso al valor estimado del contrato, sin incluir el IVA.

En el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) de las Administraciones Públicas, hoy refundida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, se explicaba que la misma pretendía realizar una regulación de la gestión contractual fundamentándose en los principios de simplificación y mejora de la gestión contractual, a cuyo efecto consideraba necesario elevar las cuantías de los límites del procedimiento negociado y los contratos menores.

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio en sus artículos 121, 176 y 201, establece que “tendrán la consideración de contratos menores aquellos cuya cuantía no exceda los 5.000.000 de pesetas (30.050,61 euros) (...) y 2.000.000 de pesetas (12.020,24 euros)”. Ello implica, suponiendo un IVA del 21%, un incremento del 101% en el umbral establecido para el contrato de obras y un 81% en el caso de contratos de servicios y suministros por situarse dichos límites actualmente en 60.500 euros para las obras y 21.780 euros en los casos restantes (IVA incluido).

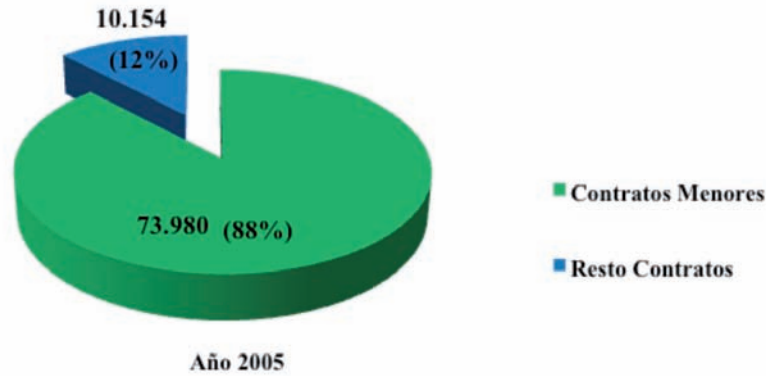
De acuerdo a lo estipulado a lo largo del TRLCSP y el Informe 6/2009 de la Junta Consultiva de Canarias, en relación a esta modalidad de contratos, sus rasgos esenciales son los siguientes:

- La tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato de obras, además el presupuesto de las mismas.
- No podrán tener duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.
- No es preciso constituir la mesa de contratación ni tramitar procedimiento de contratación; tampoco se exigen pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas particulares.
- Los principios de publicidad y concurrencia no son de obligatorio cumplimiento.
- No es posible el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de eludir los principios fundamentales recogidos en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

Debido a su ágil y sencilla tramitación, tal y como recoge Morant Vidal (2002), la figura de los contratos menores ha sido generalizadamente utilizada por las administraciones públicas, en especial por las entidades locales.

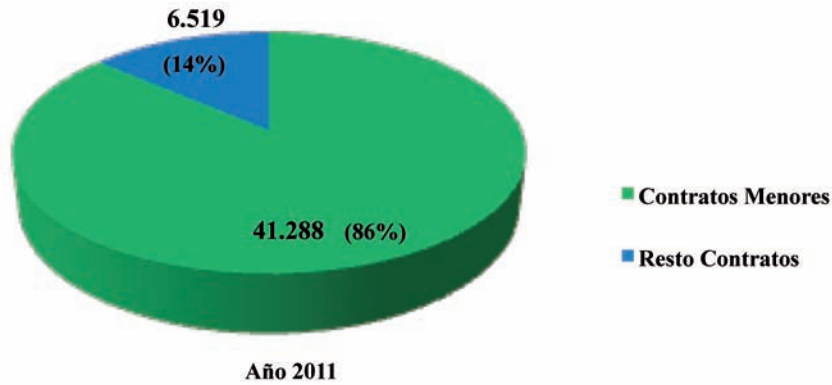
La profusa utilización del contrato menor queda de manifiesto en los gráficos que se incorporan a continuación acerca de la adjudicación de contratos en Andalucía en los años 2005 y 2011:

Gráfico 1. Contratos Adjudicados en Andalucía en el año 2005



Fuente: Informes de Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial ejercicios 2005 y 2011 de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

Gráfico 2. Contratos Adjudicados en Andalucía en el año 2011



Fuente: Informes de Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial ejercicios 2005 y 2011 de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

Realizando una comparativa entre los gráficos anteriores, puede apreciarse cómo en la Comunidad de Andalucía, a pesar de experimentar un descenso del 44% en el número total de contratos adjudicados en el ejercicio 2011 respecto al 2005, la contratación menor únicamente sufre una variación relativa negativa del 2% abarcando por tanto el 86% de la contratación total de la Comunidad.

No obstante, la 'licencia' otorgada por la normativa de contratación administrativa, basada en la no exigencia de cumplimiento de ciertos principios y requisitos

como garantía del correcto funcionamiento es un tema profundamente tratado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (en adelante JCCA) en los informes 40/1995, de 7 de marzo y 13/1996 de 7 de marzo donde se concluye: "simplificar el procedimiento jurídico administrativo de contratación mediante la potenciación de los contratos menores, difícilmente se concilia con la exigencia de otros requisitos o de requisitos más rigurosos que los establecidos en la regulación específica".

USO POCO RIGUROSO DEL CONTRATO MENOR: EL FRACCIONAMIENTO

Una de las características más “conflictivas” de los contratos menores es la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, con respecto a la cual el TRLCSP en su artículo 86.2 recoge “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”.

El fraccionamiento es motivo de numerosas consultas sometidas a la consideración de la JCCA alguna de las cuales son contestadas en los siguientes informes: el Informe 69/08 hace referencia a que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de dicho procedimiento se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato, no debiendo interpretar este extremo como la obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares, y puedan ejecutarse de forma conjunta si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible, no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Tal y como recoge el Manual de Fiscalización de la Sindicatura de Cuentas de Valencia, existe un concepto de gran importancia que define la existencia o no de fraccionamiento: la “unidad operativa o funcional”.

“Existirá una unidad operativa o funcional, si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto fun-

cionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

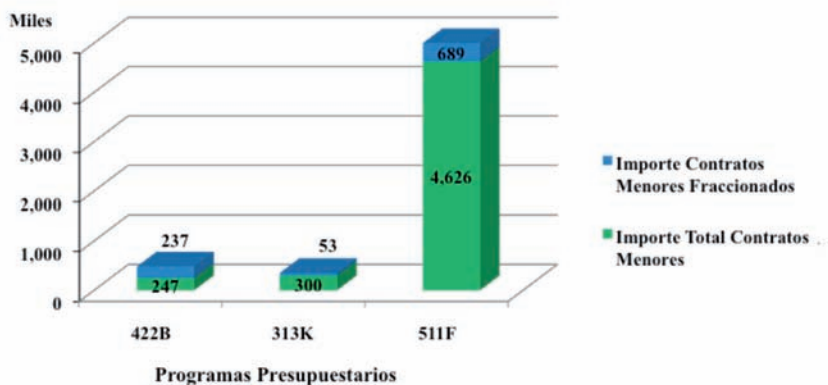
No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato, siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aún cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento 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 u operativa entre ellas”.

Con respecto al término “unidad operativa o funcional”, en las conclusiones del Informe 57/09 se explica y ejemplifica que de existir diferentes prestaciones contempladas en un mismo plan de actuación, aunque estén vinculadas, si por su propia naturaleza son susceptibles de contratarse separadamente mediante figuras contractuales de distinta calificación jurídica no es necesario que sean objeto de un solo contrato de carácter mixto.

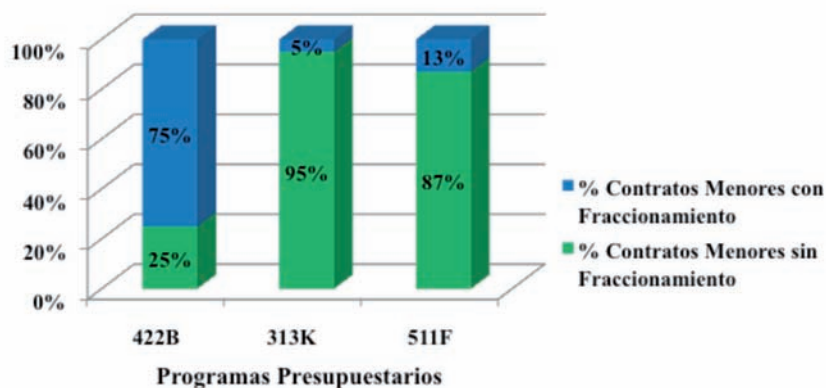
Para analizar este extremo me remito a las labores de fiscalización que desde la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias han sido realizadas en aras de evidenciar el excesivo y poco riguroso uso de la figura de los contratos menores desde la publicación de su primer Informe de la Cuenta General del Principado de Asturias del ejercicio 2005.

Gráfico 3. Importe de contratos fraccionados por Programa Presupuestario



Fuente: Informe Definitivo sobre la Cuenta General del Principado de Asturias del ejercicio 2010 de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

Gráfico 4. Importe de contratos fraccionados por Programa Presupuestario



Fuente: Informe Definitivo sobre la Cuenta General del Principado de Asturias del ejercicio 2010 de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

Ambos gráficos se refieren al análisis de contratos menores realizado por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias teniendo en cuenta solo los tres Programas Presupuestarios siguientes en el ejercicio 2010:

- 422B.- “Formación Profesional Inicial y Proyectos Innovadores de la Consejería de Educación y Ciencia”.
- 313K.- “Planificación y Calidad de los Servicios Sociales de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda”.
- 511F “Obras, Servicios y Cooperación Local de las Administraciones Públicas”.

El primero de ellos aborda la existencia de fraccionamiento en términos porcentuales (número de contratos menores fraccionados sobre el total de contratos menores adjudicados) y, en segundo lugar, se cuantifica el impacto monetario (en miles de euros) del fraccionamiento sobre el importe del total de los contratos menores que alcanza los 979 miles de euros.

CASOS PECULIARES DE LA CONTRATACIÓN MENOR

En el desarrollo de las labores de fiscalización pueden ser hallados numerosos casos de contratación menor que resulten sugerentes debido a sus singulares características; entre otros se encuentran dos casos que serán ilustrados a continuación: los tratamientos selvícolas y la suscripción a revistas y otras publicaciones.

Tratamientos Selvícolas

El profesor Serrada, R. (2008) propone la siguiente definición de selvicultura “modo de aplicar el conocimiento de la estructura, crecimiento, reproducción y formas de agrupación de los vegetales que pueblan los

montes, de forma que se obtenga de ellos una producción continua de bienes y servicios necesarios para la sociedad”.

Los tratamientos selvícolas tienen como objeto favorecer la regeneración forestal y disminuir el riesgo de incendio mediante el desarrollo, entre otras, de las siguientes labores:

- Clareos y claras de las masas forestales.
- Rozas mecanizadas y podas.
- Acordonamiento y eliminación de residuos procedentes de claras, clareos o podas a través de astilladoras o trituradoras.

Dicho esto, y puesto que de acuerdo a lo establecido en el artículo 334 apartados 1 y 2 del Código Civil serán bienes inmuebles “1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble” consideramos que los trabajos de tratamientos selvícolas descritos anteriormente han de ser tramitados como contratos administrativos de obras (no de servicios) entendiéndose como tales, como así estipula el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) “por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”.

Consideración que confirma la JCCA en el informe realizado a partir de la consulta realizada por el Director de la Agencia de Medio Ambiente de la Comunidad de

Madrid en el año 1991 donde se concluye que deberá aplicarse la normativa reguladora del contrato de obra a la realización de tratamientos selvícolas.

La peculiaridad en el caso de los tratamientos selvícolas reside en el propio desconocimiento de los mismos. Es decir, debido a la incomprensión sufrida en ocasiones no solo por parte de las entidades fiscalizadoras sino también de los órganos de contratación, pueden encontrarse diferentes clases de equívocos en su tramitación, entre otros:

- Formalización en contrato menor con calificación de contrato de servicios; incurriendo así en una errónea calificación del mismo.
- Formalización en contrato con calificación de contrato de servicios y desarrollo del procedimiento de tramitación y adjudicación de acuerdo a lo recogido en el TRLCSP. No solo califican erróneamente el contrato sino que además lo realizan por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación cuando podían estar tramitando un contrato menor de obras con cumplimiento de los límites legales.
- Objeto del contrato no concuerda con la información recogida en la memoria del proyecto por incluirse en las mismas actividades impropias de la silvicultura.
- Plazos incongruentes con las actividades a realizar recogidas en la memoria.

Suscripción a revistas y otras publicaciones

En este caso, esta modalidad de contratos tienen como característica principal que, aún superando los límites recogidos en la normativa, pueden ser tramitados como contrato menor según lo recogido en la Disposición Adicional 9 del TRLCSP se recoge: "La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía, siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores..."

En este caso, la singularidad radica en la naturaleza e importe de dichos contratos:

- Con respecto a la naturaleza, si bien está claro que no son contrato de obras, no es tan meridiana la clarificación de si se trata de contratos de suministro o servicios. Este extremo queda de manifiesto en las resoluciones publicadas en los distintos boletines de las comunidades autónomas donde, en ocasiones, los contratos mencionados son tratados

como contratos de servicios y, en otras ocasiones, como contratos de suministros.

Un caso práctico es el de las resoluciones de los ejercicios 2005 y 2007 publicadas en el Boletín Oficial del Principado de Asturias donde, en el primer caso una suscripción a revistas médicas es considerado como un contrato de servicios y, en el segundo caso, una suscripción similar es considerado como contrato de suministros ¿A qué se deben estas diferencias de criterio?

- Por lo que refiere al importe, ¿es el umbral cuantitativo el recogido en el artículo 138.3 del TRLCSP? En este particular caso, no. El límite es aquel que determina la obligación de utilizar el procedimiento de regulación armonizada recogido en los artículos 13 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011:

- "130.000 euros cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (...)"

- "200.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aun siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 (...) o contratos de la categoría".

Dichos importes suponen el establecimiento de unos límites superiores en un 86% y 91% respectivamente al recogido en el artículo 138.3.

CONSECUENCIAS DE LA TRAMITACIÓN ABUSIVA DE LOS CONTRATOS MENORES

Asumir y aprobar que la tramitación de los contratos menores esté exenta de una serie de requisitos de carácter procedimental acarrea una serie de consecuencias, entre las que podemos mencionar:

- Renuncia a los principios básicos de la contratación administrativa; libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos
- Perjuicio a los ciudadanos; sin publicidad y competencia no existe la posibilidad de acceder a los mejores bienes y servicios al mejor precio.
- Ausencia de eficiencia en una parte importante de la contratación pública.

- Perjuicio de las PYMES (Pequeñas y medianas empresas) y empresas de nueva creación por dificultar su acceso a los mercados y en concreto a los contratos públicos que, representan aproximadamente el 20% del PIB de la Unión Europea.
- Incurrir en fraude de ley derivado de eludir, intencionadamente ó no, la normativa legal.

CONCLUSIÓN

¿Qué podemos y debemos hacer ante esta situación? Según Yañez Sánchez (2009) “habría que abandonar los viejos hábitos de adjudicar los contratos directamente a los proveedores locales evitando la corrupción y favoritismo que le suele acompañar y lo segundo gestionar determinados contratos menores con publicidad y concurrencia”.

Parece obvio afirmar que un Ayuntamiento como el de Carreño (Asturias) con un presupuesto en el ejercicio 2009 de 23.743 miles de euros que supondría el 0,33% del presupuesto de la Comunidad de Madrid (7.079.392

miles de euros) no debería formalizar un número similar de contratos menores a los adjudicados por órganos de tamaño considerablemente superior.

Por ello, y remitiéndonos al artículo 88.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local, (derogado por la disposición derogatoria única apartado b) el cual recoge: “Por razón de la cuantía, la contratación directa sólo podrá acordarse en los contratos de obras, servicios y suministros cuando no excedan del 5 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto. En ningún caso podrá superarse el límite establecido para la contratación directa en las normas básicas aplicables a todas las Administraciones pública” concluyo afirmando que a mi entender resultaría sensato recuperar el concepto derogado en el artículo 88.3 e incluirlo en el Real Decreto Legislativo 3/2011 para con ello, establecer un límite porcentual respecto a los Presupuestos de cada entidad para, aún sin establecer restricciones en la contratación menor, si implementar el sistema con proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Escrihuela Morales, Francisco Javier (2007): “La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios”. *Manuales Profesionales LA LEY*: Grupo Wolters Kluwer.

Escrihuela Morales, Francisco Javier, (2011): “TODO Contratación del Sector Público”. *Manuales Profesionales LA LEY*: Grupo Wolters Kluwer.

Morant Vidal, Jesús, (2002): “Artículos doctrinales sobre derecho administrativo. Contratación menor”. Consultado en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/>

Serrada Hierro, Rafael, (2008): *Apuntes de Selvicultura*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica Forestal.

Yañez Sánchez, Guillermo, (2009): *Los contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público (III)*. Consultado en: <http://administracionpublica.com/>

Aranzada Plaza, Sara; González Romera, Mª Ángeles; Tena Ruíz, Javier. (2012). *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*. El Consultor de los Ayuntamientos (LA LEY): Grupo Wolters Kluwer.

Dictamen 1/2008, de 20 de Mayo de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. “Cuantía de los contratos menores en la Generalitat.”

Circular 3/2008 de la Abogacía General del Estado. “Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de los contratos menores”.

Informe 6/2009 de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias. “Obligatoriedad de exigir en la contratación menor el cumplimiento de los requisitos de capacidad de obrar y habilitación profesional”.

“Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial”. 2005 y 2011. Cámara de Cuentas de Andalucía. Consultado en: <http://www.ccuentas.es/index.php?view=report§ion=1>

Informe 40/95 de 7 de marzo de 1996 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. “Contratos menores”.

Informe 13/96 de 7 de marzo de 1996 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. "Contratos menores".

Informe 69/08, de 31 de marzo de 2009. "Fraccionamiento de un contrato de obras y división en lotes".

Informe 57/09, de 1 de febrero de 2010. «Licitación conjunta de un proyecto global o desglose del mismo en varios contratos²²».

Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana. (2011). Áreas Especiales: Contratación. «Análisis de regulación del fraccionamiento de contratos. Análisis de la regulación de los contratos menores». Consultado en: http://www.sindicom.gva.es/web/wdweb.nsf/documento/manual_de_fiscalizacion.

Informe 22/91, de 26 de noviembre de 1991. "Aplicación de la normativa reguladora del contrato de obra a la realización de trabajos de tratamientos selvícolas".

«Informe sobre la fiscalización de los Ayuntamientos de Carreño, Gozón y Cudillero, ejercicio 2009». Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias. Consultado en: www.sindicastur.es/upload/informes/ID3A-ytos098464.pdf

Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid. (2009). Consultado en: http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/Presupuestos/PresupuestosAnuales/Presupuesto2009/FicherosPresupuesto2009/proyecto_2009_indice_web.pdf

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004. "Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios".

El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. Sección Consultas. Ref 959/2011, pág 959, tomo 1. "Contrato menor y fraccionamiento de los contratos".