

Contrato menor y necesidades recurrentes: una tensión legal no resuelta



La virulencia doctrinal contra el contrato menor trae causa de diversos acontecimientos de la reciente historia de España, en la que el contrato menor ha servido como instrumento al servicio de prácticas dudosas cuando no abiertamente corruptas.

24/06/2019

Autores:

Florencio Larrea Villarroya

Secretario General Técnico de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja

Javier Iribarren Hernáiz

Jefe del Servicio de Coordinación de la Consejería de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja.

El presente trabajo tiene por objeto exponer una serie de argumentos en favor de la utilización del contrato menor como instrumento para satisfacer determinadas necesidades recurrentes o periódicas de las Administraciones Públicas, haciendo para ello especial hincapié, pero no único, en la figura del anticipo de caja fija.

Se trata este, empero, de un posicionamiento a la contra del elaborado por el grueso de la doctrina contractual, que desde unos postulados que estimamos más científicos que prácticos, no en vano es doctrina, descarta la posibilidad de utilizar la figura del contrato menor como medio de satisfacer necesidades recurrentes, repetitivas o periódicas, ciñendo la utilización del mismo, con carácter excepcional, para atender necesidades puntuales o esporádicas. En caso contrario, esto es, de recurrir a la figura del contrato menor para cubrir cometidos previsibles, se correría el riesgo de incurrir en fraccionamiento ilícito del contrato.

La virulencia doctrinal contra el contrato menor trae causa de diversos acontecimientos de la reciente historia de España, en la que el contrato menor ha servido como instrumento al servicio de prácticas dudosas cuando no abiertamente corruptas. Sin embargo, no puede perderse de vista que su existencia aparece y discurre ligada al principio de eficiencia, como fundamento básico de la gestión administrativa consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución.

Cabe añadir que si contrastamos lo que hacen las instituciones comunitarias en la ejecución del presupuesto, podemos ganar cierto vuelo para ayudarnos a depurar el escenario abierto en nuestro país, donde parece que apremia la necesidad de instalar la capilla ardiente del contrato menor.

En este sentido, el artículo 137 del REGLAMENTO DELEGADO (UE) N o 1268/2012 DE LA COMISIÓN de 29 de octubre de 2012 sobre las normas de desarrollo del Reglamento (UE, Euratom) n o 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, bajo la rúbrica de 'contratos de escasa cuantía' dispone lo siguiente:

Los contratos de escasa cuantía que no excedan de 60 000 EUR podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de contrato, previa consulta de al menos tres candidatos.

Si, tras la consulta de los candidatos, el órgano de contratación recibe solamente una oferta que sea administrativa y técnicamente válida, el contrato podrá adjudicarse a condición de que se cumplan los criterios de adjudicación.

Los contratos de muy escasa cuantía que no excedan de 15 000 EUR podrán ser adjudicados sobre la base de una sola oferta previo procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de contrato.

Los pagos de una cuantía no superior a 1 000 EUR relacionados con elementos de gasto podrán efectuarse a modo de reembolso de factura, sin aceptación previa de una oferta

En suma, las Instituciones comunitarias, faro de la gestión pública, tienen habilitado un procedimiento para los

contratos de escasa cuantía que permite la adjudicación de un contrato sin publicar anuncio de licitación, previa negociación con tres candidatos o incluso con uno solo, en función de la cuantía del contrato.

Suponemos que si el lector ha padecido una visita a Bruselas habrá comprobado que muchas de sus calles y avenidas están dedicadas casi en exclusiva a edificios administrativos. Las grúas que en España antaño poblaban las nuevas zonas residenciales, en Bruselas anuncian hoy la construcción de nuevos templos de la gestión pública. Consecuentemente, no deja de resultar paradójico que en el 'parque temático' de la burocracia se admita la adjudicación de contratos sin publicidad cuando su cuantía es escasa (algo intrínsecamente ligado al principio de eficiencia), mientras que en España, en el más pequeño de los Ayuntamientos (que no olvidemos, en ocasiones comparten sus funcionarios con otros municipios limítrofes), toda la contratación de necesidades, recurrentes o no, se efectúe mediante procedimientos abiertos o mediante los sistemas de racionalización de la contratación. La historia reciente de este país demuestra que conviene limitar el uso del contrato menor, aquí no hay debate, pero muy probablemente el movimiento pendular que propone la doctrina no pueda soportarse por el endeble aparato burocrático dedicado a menesteres contractuales que presentan las Administraciones españolas. Hecho este breve inciso retomamos el hilo del artículo, centrado en el contrato menor como medio de satisfacción de necesidades recurrentes. El criterio que niega tal uso, que venía deslizándose con mayor y menor grado de concisión en diversos informes, dictámenes y recomendaciones, incluso desde antes de la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, parece haber cristalizado definitivamente, en forma de cornada con diferentes trayectorias, con ocasión de la ya célebre instrucción 1/2019 de la OIReScon, menos conocida como Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Sin entrar a valorar el alcance jurídico y territorial del documento, cuestión tan poco pacífica como cabe serlo, la instrucción establece que

'no podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente, de forma que, año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, de modo que pueda planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios'.

Como adelantábamos en las primeras líneas, y sin desmerecer el valor inestimable del acervo contractual que la doctrina proporciona a los técnicos de la contratación, consideramos que en ese concreto posicionamiento, el relativo a los contratos recurrentes, late en su génesis un poso académico-teórico que mal se compadece con el funcionamiento ordinario, y hasta lógico, de las Administraciones Públicas.

La prohibición del contrato menor recurrente, en los términos expuestos por la OIReScon, es decir, un tanto a la brava, sin reparar en la paleta de tonos grises, desemboca en la objetable práctica de licitar contratos cuyo valor estimado puede resultar poco menos que irrelevante, dicho esto con el debido respeto al origen de todo fondo público. Y decimos objetable atendiendo a la inversión que en términos de recursos humanos lleva aparejada toda licitación, con la necesaria movilización de equipos de trabajo de múltiples órganos (sin ánimo exhaustivo: el órgano impulsor, los servicios jurídicos, el órgano de contratación, la intervención, puede que mesa de contratación). Este despliegue de medios, para según qué contrataciones, no resulta fácilmente conciliable con buena parte de los principios de actuación de las Administraciones Públicas, por encima de todos el de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, pero sin olvidar la eficacia, la suficiencia y la economía de medios o la racionalización y agilidad de los procedimientos y de las actividades materiales de gestión.

Mantenimientos variados (calderas, aires acondicionados, extintores…), retirada de basuras en sedes administrativas, cartón y papel, adquisición de pilas, bombillas, termostatos, jabón de mano, papel higiénico, sobres, carteles identificativos, botellas de agua, café y leche para reuniones.... todas estas necesidades, que lo son en su justa medida, compartirían ese carácter recurrente que proscribiera el recurso a la contratación menor. El listado de prestaciones es inagotable, al igual que la tipología de sedes y edificios oficiales donde estas actividades periódicas o sucesivas se manifiestan con mayor intensidad.

Porque, ¿qué no es recurrente en un modelo burocrático? ¿De verdad es preciso elaborar prescripciones técnicas para satisfacer todas esas necesidades? Pongámonos en la piel del pequeño Ayuntamiento que comparte con otros al único funcionario que tienen a cargo, batiéndose el cobre como bien puede; ¿va a ser capaz ese funcionario de preparar unas prescripciones técnicas referidas al mantenimiento de la caldera, referidas a la adquisición de bombillas o de pilas? El común de los ciudadanos, cuando vamos a comprar unas pilas, sabemos que no todas duran lo mismo y tendemos a elegir en función de su 'ciclo de vida'. Pero, ¿seríamos capaces de elaborar unas especificaciones técnicas que de forma objetiva y sin hacer referencia a marcas sirvieran para seleccionar las pilas más duraderas evitando así que acabemos

pagando por unas pilas que duran treinta minutos? ?Tiene sentido hacer un procedimiento abierto para la compra de pilas si el gasto anual está en torno a los 200 euros? ?Alguna empresa u operador económico en su sano juicio lo haría? Lo planteamos porque el coste de lanzar un procedimiento abierto es muy superior al de la prestación, y no digamos al previsible ahorro derivado de la licitación, máxime tratándose de bienes y servicios de presencia corriente en el mercado.

La profesionalización de la contratación es un objetivo loable, qué duda cabe, pero en ocasiones parece subyacer la idea de que los gestores de la cosa, además de poner coto a las patologías sociales, laborales y medioambientales, han de ser poco menos que hombres del renacimiento. Con estos alicientes, ser gestor de la contratación es como para dejar de serlo.

En el marco de esta operación contra el contrato menor no dejan de intuirse, además, otras disfunciones prácticas. Así, cunde la sensación de que el procedimiento predestinado a favorecer la participación de las PYMEs, y a la sazón llamado a reemplazar al contrato menor, el simplificado en sus dos vertientes, ordinaria y abreviada, copa el escalón superior del podio de las licitaciones desiertas. Los servicios o suministros de escasa cuantía son prestados las más de las veces por más pequeñas que medianas empresas, que no tienen en la administración su principal granero de clientes, de manera que no vamos a encontrar en ellas ni entusiasmo ni tal vez necesidad de sumarse a todos los trámites que exige una licitación. Las coletillas 'es que no se han enterado' o 'es que no miran el perfil' circulan de un tiempo a esta parte por los pasillos institucionales.

Pero, ?y la ley? ?Qué dice la ley sobre las necesidades recurrentes? ?Las prohíbe en todo caso? Desde luego no expresamente, con lo fácil que era, puede pensarse. Y es que no parecía un desafío de técnica normativa haber elevado a rango legal la prohibición a toda costa recogida por la OIReScon.

De entrada el artículo 29.4 establece que los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años. Desde estas líneas consideramos que el valor estimado del contrato sucesivo, en esa duración máxima, podría utilizarse sin riesgo como elemento para determinar si la licitación resulta o no preceptiva. Así, con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su informe 14/2014, defendemos que 'la suscripción 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'. Por lo tanto, si en su duración máxima de cinco años (plazo poco acorde, por cierto, con la obligación de someter periódicamente a concurrencia las contrataciones), el valor estimado del contrato no alcanza los umbrales de la contratación 'mayor', no resultaría necesaria la licitación. Pensemos en las necesidades antes relacionadas y en algunos de sus importes. Existen mantenimientos o adquisiciones que en esa duración máxima apenas alcanzan el mileurismo.

Lo sorprendente es que al albur de los diversos informes, recomendaciones o instrucciones que interpretan que no cabe emplear el contrato menor para satisfacer necesidades recurrentes, han surgido múltiples voces que aseveran que esa consecuencia deriva claramente del texto de la ley. A nuestro juicio resultaría un caso más propio del doctor Jekyll y del señor Hyde, porque no podemos olvidar que el legislador, en la Disposición Adicional 9ª de la LCSP, ha reconocido que existen necesidades recurrentes, como es el caso de la suscripción a revistas y otras publicaciones, que 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 la ley de contratos para los contratos menores. Sobre el carácter periódico de estos contratos, la propia ley no deja sombra de duda, toda vez que a la hora de calificarlos como privados (artículo 25), engloba, literalmente, a aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones 'periódicas' y bases de datos. Es decir, nos resulta del todo cuestionable esta interpretación sesgada en virtud de la cual el legislador ha pretendido que un gasto de 200 euros anuales deba ser objeto de licitación porque sirve para satisfacer una necesidad recurrente y, por consiguiente, hay que planificar muy bien la contratación; pero paralelamente ese mismo legislador permite que se contrate el acceso a una base de datos o la suscripción a publicaciones, sin necesidad de contar con publicidad ni seguir procedimiento alguno (más allá de los trámites del artículo 118), cuando el valor estimado no alcance los 221.000 euros (si quien contrata es una Comunidad Autónoma o un Ayuntamiento). En términos deportivos, si esto fuera así, podríamos interpretar que el legislador ha tenido un 'ataque de entrenador'.

Por otro lado, creemos que debe establecerse una clara diferencia entre duración del contrato y duración de la necesidad a satisfacer. En este sentido, la ley limita a cinco años la duración de contratos de servicios o de suministros (incluidas sus prórrogas), pero evidentemente no limita la duración de la necesidad a satisfacer (art.

29.4 LCSP); es decir, si licitamos un contrato de limpieza su duración máxima será de cinco años, aunque la necesidad, por muy aseados que seamos, se va a alargar durante más tiempo. De la misma manera, creemos que cuando la Ley limita a un año sin posibilidad de prórroga la duración de los contratos menores está limitando la duración del contrato menor, pero en modo alguno está impidiendo que mediante un contrato menor se satisfagan necesidades que previsiblemente vayan a durar más de un año. Esta misma interpretación subyace en el Informe 90/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 90/18, referida a la contratación de acceso a base de datos y publicaciones, en el sentido de que dichos contratos tienen una duración máxima de un año, lo cual no impide que la necesidad administrativa se prolongue en el tiempo.

Por último la ley, indirectamente, da carta de naturaleza a la existencia válida de contratos menores repetitivos y periódicos. No por nada dispone (artículos 63.4, 335.1 y 346.3) que existen contratos menores cuyo pago se satisface por el sistema de anticipo de caja fija (ACF).

El ACF. La doctrina contractual ha pasado de puntillas por la cuestión del ACF, esgrimiendo en ocasiones una separación entre los ámbitos contractual y presupuestario que no combina mal con la realidad de la gestión administrativa, donde ambos discurren cuando no juntos en paralelo.

?Pero qué es el ACF? ?Para qué sirve?

Desde un análisis estrictamente lógico del asunto, podemos decir lo siguiente:

a) El artículo 78 de la Ley general Presupuestaria regula el anticipo de caja fija indicando que 'Se entienden por anticipos de caja fija las provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realicen a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos'. Por lo tanto, el ACF es un mecanismo que se puede emplear como mecanismo de pago de gastos periódicos o repetitivos, debiendo subrayarse que periódico es un sinónimo de recurrente. De hecho, la doctrina parece entender que el ACF únicamente puede emplearse para gastos ordinarios con carácter periódico o repetitivo. Es decir, el ACF sólo puede emplearse para abonar gastos recurrentes.

b) Es evidente que el ACF se puede emplear para efectuar pagos que no tengan un origen contractual (por ejemplo, para abonar tasas, multas, dietas, etc), pero la LCSP hace posible la coexistencia del binomio contrato menor y pago por ACF, como se reconoce expresamente en los artículos 63.4, 335.1 y 346.3.

Por lo tanto, considerando los dos elementos previstos en las anteriores letras a) y b) fácilmente podemos deducir que el legislador no ha prohibido emplear el contrato menor como sistema para satisfacer necesidades recurrentes, sino que ha venido a reconocer expresamente esa posibilidad, cuando ha previsto expresamente que el contrato menor se pueda abonar mediante ACF o sistema equivalente.

A nuestro juicio, aunque es deseable que determinados gastos recurrentes no se adjudiquen a través del contrato menor, lo que no parece aceptable es que el contrato menor quede vedado para cualquier tipo de gasto recurrente. No es proporcionado ni eficiente que un gasto anual recurrente de 200 euros no pueda tramitarse a través de un contrato menor, cuando paralelamente puede contratarse a través de un contrato menor la elaboración de un estudio o proyecto técnico de 14.999 euros, o un refuerzo de firme de carretera de 39.999 euros. Sería por tanto deseable que el legislador aclare o que la propia OIReScon matice su afirmación, o viceversa. Desde estas líneas planteamos 'un acuerdo de mínimos', con dos opciones de clarificación:

a) La primera: dado que los contratos recurrentes de servicios o suministros tienen una duración máxima de cinco años (art. 29.4 LCSP), que se considere que los contratos cuyo valor estimado sea inferior a los 3.000 euros, en cómputo anual, puedan seguir tramitándose como contrato menor. De esta manera se garantiza que nos ceñiríamos a contratos que ni siquiera en su duración máxima alcanzarían los 15.000 euros. Ello no afectaría, sin embargo, a la limitación temporal del contrato menor; es decir, que no puedan celebrarse contratos menores con una duración superior a un año.

b) La segunda sería ligeramente más flexible, y partiría de establecer a efectos del cálculo una duración media de tres años de este tipo de contratos. Ello nos llevaría a que los contratos cuyo valor estimado sea inferior a los 5.000 euros, en cómputo anual, puedan seguir tramitándose como contrato menor; y de nuevo sin afectar a la limitación temporal del contrato menor. Esta cifra de 5.000 euros no es caprichosa, sino que coincide con los supuestos excluidos de publicación, en virtud del artículo 63.4 de la LCSP, cuando el sistema de pago sea el ACF o un sistema similar; la misma cifra permite exceptuar su remisión al Tribunal de Cuentas (art. 335.1), así como exceptuar del informe previo a los contratos menores celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (DA 54ª LCSP).

A nuestro juicio, debería optarse por esta segunda posibilidad de entender que los gastos recurrentes cuyo valor estimado en cómputo anual sea inferior a los 5.000 euros, puedan adjudicarse mediante contratos menores, cuando el pago se efectúe a través de ACF o un sistema equivalente.

De paso, este mismo criterio podría emplearse de cara a calcular el valor estimado en la contratación de acceso a base de datos y publicaciones, regulada en la Disposición Adicional 9ª LCSP, lo cual implicaría establecer dos elementos temporales, en la línea con lo que se propone a efectos de los contratos menores:

- a) Un elemento de duración máxima del contrato, que sería de un año en todo caso sin posibilidad de prórroga.
- b) Un elemento a efectos de calcular que, según el valor estimado del contrato, el contrato suscrito no es un contrato sujeto a regulación armonizada, lo cual nos obligaría a calcular un valor estimado global sobre la base de una duración de tres años. De manera que de cara a considerar la posible contratación de bases de datos o suscripción a publicaciones empleando las normas del contrato menor y, en definitiva, de comprobar que el valor estimado no excede de los umbrales para ser considerado un contrato como sujeto a regulación armonizada, se tendría en cuenta el valor estimado anual del contrato multiplicado por tres.

En conclusión, creemos que se está produciendo una embestida descarnada contra el contrato menor, que en algunos casos está degenerando en argumentos muy extremos que toman la parte por el todo; en concreto, la imposibilidad de emplear el contrato menor para adjudicar cualquier tipo de contrato que responda a necesidades recurrentes. Entendemos que ese cierre de filas tan visceral no se sostiene ni desde la perspectiva normativa (hemos visto que la Ley admite emplear el contrato menor para satisfacer necesidades recurrentes), ni desde la estructural de la Administraciones Públicas (incontestable ausencia de medios de muchas entidades públicas). Ni siquiera acudiendo al Derecho comparado (ya se ha visto cómo se regula la actuación de las instituciones comunitarias) aventuramos sencillo encontrar una postura tan beligerante. Además, constituye un ingrediente básico para la supervivencia de la gestión pública que la actuación administrativa sea eficiente; determinadas interpretaciones pueden acabar desembocando, quizá pretendiendo lo contrario, en la privatización de servicios públicos. No debe entenderse este artículo como una defensa a ciegas del contrato menor, coincidimos en que hay que ir acotando los supuestos en los que se recurre al mismo; el artículo responde a una defensa de la eficiencia en la gestión pública, que nunca debe darse por supuesta ni perderse de vista. Además, todos los contratos menores han sido tocados por la varita de la transparencia, incluidos los que se pagan vía ACF, lo que en buena lógica debería ser un remedio para evitar las disfunciones de la contratación.

Hasta el contrato menor quiere oír cosas bonitas.