



JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FL

INFORME 8/2016 RELATIVO A LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PARA LA DEFENSA JURÍDICA DE UN AYUNTAMIENTO MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATO MENOR.

[Grupo 14]

En relación al escrito dirigido a esta Junta Consultiva por el Ilustrísimo Ayuntamiento de la Oliva, en atención al contenido del mismo, se comprueba que no se somete a informe de este órgano cuestión alguna relativa a la interpretación de las normas sobre contratación pública, ni se plantean dudas acerca de la aplicación de la normativa contractual, sino que se limita a relatar una serie de hechos; acerca de determinados contratos de servicio relativos a la defensa judicial de la corporación, contratados mediante la utilización de la figura del contrato menor, sin acompañar tampoco documentación alguna para poder tener otros elementos de juicio, salvo el propio relato de los hechos.

Ante lo cual, esta Junta debe manifestar que no es competencia de la misma informar sobre expedientes concretos de contratación, ni tampoco sustituir la función de asesoramiento que legalmente tienen encomendada otros órganos. No obstante, a pesar de las limitaciones descritas, dado que se hace referencia a una modalidad concreta de los contratos de servicio y la utilización de la figura del contrato menor, se estima que procede emitir el parecer de esta Junta habida cuenta que los hechos relatados tienen incidencia en materia de contratación del Sector Público, razón por la que se hace preciso manifestar al órgano solicitante, lo siguiente:

Primero.- Que el contrato menor, según el criterio establecido por esta Junta Consultiva en sus informes 6/2009 y 1/2015, se articula en la ley de Contratos del Sector Público (hoy Texto refundido, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), al igual que en la anterior LCAP, como un régimen jurídico excepcional, dirigido a atender la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo en aquellos supuestos en que ha de primar la agilidad con que han de ser atendidas determinadas necesidades de reducido importe económico, así como su



JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FL

adecuación a los usos habituales del mercado respecto de determinados bienes y servicios, estableciendo los importes de estos contratos, de acuerdo a lo preceptuado por el párrafo segundo del art. 138.3, en 18.000 euros para los servicios y suministros y en 50.000 euros en los contratos de obra (impuestos excluidos-caso del IVA-, tal y como aclara la circular 3/2008 de la Abogacía del Estado, aludiendo tanto a la Directiva 2004/18 como al artículo 76 de la LCSP, -actualmente art. 88 en el RDL 3/2011- Dicha exclusión debe entenderse que afecta igualmente al IGIC de acuerdo a lo que establece la Disposición adicional decimotercera de Texto refundido). Este procedimiento excepcional está caracterizado por una reducción a la mínima expresión del expediente administrativo, tal y como señala art. art.111 del TRLCSP, el expediente de estos contratos, sólo exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura -en el caso del contrato de obras se añade además el presupuesto, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando las normas específicas así lo requieran y el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra-, sin la necesidad de su formalización en documento administrativo, en los términos del art.156 del TRLCSP, pudiendo adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art.138.3).

Segundo .- Que dichos contratos, si bien gozan de una enorme ventaja para los gestores públicos en la medida que su expediente no puede ser más simple; como se ha señalado anteriormente la simple aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente (ésta última deberá reunir los mismos requisitos que las normas de desarrollo de Ley establezcan. Actualmente la norma de desarrollo se encuentra en el art.72 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, los requisitos de dicho precepto son parte de algunos de los los exigidos en el art.6 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y aunque contiene alguna mención específica como la recogida en la letra g) del RGCAP, referida a la firma del funcionario



JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FL

que acredite su recepción, para que este documento contractual se adapte plenamente a la legalidad deberá contener, además de los exigidos por el R.G., los que contempla la normativa tributaria sobre facturación en su art. 6.

Tercero.- Que la duración de los contratos para la defensa jurídica y judicial en la Administración será la precisa para atender adecuadamente sus necesidades, tal y como establece el art 303.3 del TRLCSP, siendo éste uno de los supuestos en que no opera el límite de duración general para los contratos de servicio establecido en el número 1 del citado artículo (un máximo de seis años). Sin embargo, tal referencia debe entenderse efectuada con relación a un contrato tramitado por los procedimientos ordinarios de adjudicación que contempla el art. 138.2 del TRLCSP, pero no en el caso de los menores, como parece ser que ocurre con los contratos a que hace referencia el escrito del Ayuntamiento, dada la limitación temporal que para estos últimos establece la normativa de contratos del Sector Público, que taxativamente señala en su art. 23.3 que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

Cuarto.- Que la contratación del sector público tiene carácter formal, estableciéndose la prohibición de la contratación verbal, salvo que el contrato tenga conforme a lo señalado en el art.113.1 carácter de emergencia, tal y como se ocupa de establecer el art.28.1 del TRLCSP, o como también señala la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 11 de febrero de 1976, “los contratos administrativos son esencialmente formalistas”.

Quinto.- Que los contratos adjudicados verbalmente concurren en causa de nulidad de pleno derecho del art.47.1 letra e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o, en su caso, del art. 62.1 letra e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Que atendiendo al relato de ese Ayuntamiento, además de lo anterior , hay que tener presente que el art.32 letra c) del TRLCSP



JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FL

determina entre las causas de nulidad de derecho administrativo “la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a dicha Ley, salvo los supuestos de emergencia”.

Sexto.- Que el art. 35 del TRLCSP establece que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor, estableciendo también que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Séptimo.- Que la Disposición adicional decimonovena del TRLCSP dedicada a la Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece en su número 1 que “la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial” (dicha referencia debe entenderse hoy hecha a las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre).

Por su parte, el número 2 dispone que “la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en dicha ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave, constituirá falta muy grave cuya responsabilidad se exigirá conforme a la normativa específica de la materia”.



JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FL

Octavo.- Que el contrato menor, si bien es un instrumento válido y legal para llevar a efecto el aprovisionamiento de bienes y servicios, también es cierto que, ante situaciones como las descritas por ese Ayuntamiento, no es el procedimiento más respetuoso con 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, ni constituye la modalidad más adecuada para asegurar 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, tal y como exige el art. 1 del TRLCSP.

Dado el carácter de régimen excepcional de los contratos menores al que se ha hecho referencia con anterioridad, no puede constituirse en el procedimiento ordinario para la adjudicación de los contratos, al no contemplarse como tal junto abierto y restringido en el art. 138.2 de TRLCSP.

Esta Junta considera que el recurrir a la figura excepcional del contrato menor para contratar servicios de carácter habitual o frecuente es contraria a los principios generales que inspiran la contratación del sector público, en la medida que limitan la apertura de éstos al mercado y la libre competencia. Este parecer es compartido por distintas Juntas consultivas, tal es el caso de la del Estado (informe 40/1995) y de Cataluña (informes 12 y 14 de 2014), o se utilizan para incumplir los preceptos legales concernientes a la publicidad o procedimiento de adjudicación, tal y como señala la Junta Consultiva de Andalucía (informe 9/2009).

La suscripción de continuos contratos menores para tener cubierta la defensa judicial de los intereses de esa Corporación vulnera claramente el art. 86 de TRLCSP, el cual señala que “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”. Lo contrario sería desnaturalizar la figura del contrato menor que sigue siendo un



JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FL

instrumento válido que el legislador ofrece al gestor público para agilizar los trámites contractuales en determinados supuestos caracterizados por la escasa cuantía del servicio, suministro u obra requerida.

A modo de conclusión.- Esta Junta Consultiva estima que la suscripción de sucesivos contratos menores de servicio no sólo es contrario a los principios generales que inspiran la contratación pública como son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y tampoco resulta la manera más adecuada para asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados para la realización de obras y la adquisición de bienes y la contratación de servicios y de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa , tal y como declara el art. 1 del TRLCSP.

La fórmula más respetuosa a los principios inspiradores de la contratación pública sería la contratación de un servicio habitual a través de los procedimientos ordinarios previstos en el art.138.2 del TRLCSP, sin perjuicio de la utilización del contrato menor, con carácter excepcional, con los requisitos y limitaciones establecidos en la normativa vigente.