



Excmo. Ayuntamiento XXX
Ilmo. Sr. Alcalde
XXX
(Salamanca)

Asunto: Contratación de obra de urbanización calle XXX / Resolución

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **1596/2022**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El autor de la queja cuestionaba la contratación de la obra de urbanización de la calle mediante el procedimiento del contrato menor, habiendo sido adjudicada en dos fases a la empresa XXX, la primera por Decreto de Alcaldía XXX, de XXX, y la segunda fase por Decreto de Alcaldía XXX, de XXX.

El valor estimado total de la obra había sido XXX € (1ª fase: XXX € y 2ª fase: XXX €), valor que supera el límite previsto para los contratos menores, razón por la cual se había adjudicado cada fase de forma separada.

En cuanto a la financiación de la obra manifestaba que en el presupuesto de 2021 no figuraba ningún crédito cuando el expediente de contratación se inició; con posterioridad el Pleno, con fecha XXX, había aprobado una modificación de créditos del presupuesto de 2021 para financiarla.

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información sobre la cuestión planteada.

El informe recibido señala que el presupuesto base de licitación de la obra ascendió a XXX €, asignándose el crédito de XXX € en el ejercicio 2021, y de XXX € en el ejercicio 2022, por lo que fueron redactados los desglosados nº 1 y nº 2 del proyecto de urbanización de la calle por los importes respectivos en esas anualidades.

La obra fue subvencionada por la Administración autonómica con cargo a XXX con un importe de XXX € en 2021, y XXX € en 2022, habiendo aportado el Ayuntamiento en la segunda fase XXX €.



Del informe enviado cabe destacar:

“1º.- La adjudicación del total de la obra de urbanización de la calle no fue objeto de fraccionamiento para eludir el procedimiento abierto de adjudicación del contrato sino porque en este municipio inferior a 5.000 habitantes, al amparo de lo dispuesto en el nº 7 de la disposición adicional tercera de la Ley de Contratos del Sector Público, pueden ser objeto de contratos diferentes. Y no por eludir un procedimiento abierto de contratación sino por la secuencia y condiciones de las subvenciones recibidas.

2º.- La inexistencia de crédito presupuestario inicial para el contrato del año 2021 fue salvada por su habilitación mediante una transferencia de crédito de otra partida dentro del expediente de modificación de créditos aprobado por el Pleno en fecha XXX. Como la adjudicación debía de hacerse antes del XXX se utilizó la tramitación anticipada del contrato prevista en el número 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Contratos del Sector Público.

3º.- La obra del primer desglosado fue financiada con la cuantía asignada a este Ayuntamiento por la Orden XXX. Así resulta del expediente de dicha subvención”.

Indica también que no cabe confundir *“la financiación de la obra con la financiación del expediente de modificación de créditos ya que los créditos presupuestarios están sujetos al principio de desafectación de los ingresos, no siendo hasta la ejecución y el devenir de la ejecución de los créditos cuando se produce la afectación del ingreso a su finalidad específica. Así consta en la contabilidad municipal del ejercicio de 2021 como puede observarse en los documentos de ingreso de la subvención y en el de la disposición del gasto de la obra contratada que se adjunta al presente en formato digital, en los que se observa que ambos se refieren una misma finalidad: XXX, 1º Desglosado; como así, fue justificado ante XXX que no ha planteado objeción alguna”.*

Comenzando por el procedimiento para contratar la obra, la utilización del contrato menor solo es posible en aquellos contratos cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 €, por disponerlo así el **artículo 118 de 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 (LCSP).**

En los contratos menores la tramitación del expediente exige la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato, y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.



El proyecto de urbanización de la calle XXX, redactado en el mes de junio de 2021, fija como valor estimado XXX €, valor supera el permitido para acudir al procedimiento del contrato menor.

Con relación a los contratos de obras el **apartado 3 del artículo 13 LCSP** establece que se referirán a una obra completa, entendiéndose por ésta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto, y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra. “No obstante lo anterior, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación”.

El Ayuntamiento sostiene que la realización de dos contratos distintos, uno en cada anualidad, no se realizó con el fin de eludir las normas de contratación, sino que tiene su justificación en lo establecido en el número 7 de la disposición adicional tercera de la LCSP:

“7. En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, en los contratos de obras cuya financiación exceda de un presupuesto anual, podrán redactarse proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas. La ejecución de cada uno de los proyectos podrá ser objeto de un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 99 y 101”.

Esta disposición permite dividir las obras que vayan a realizarse en más de una anualidad, lo que supone que los gastos estén previstos en varios presupuestos, siempre que sean susceptibles de utilización separada, pudiendo ser objeto de proyectos y contratos diferentes, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos que se refieren a la división del objeto del contrato y al valor estimado, que es el que determina el procedimiento de selección del contratista.

El **artículo 99 LCSP**, al referirse al objeto de los contratos, establece que debe ser determinado y expresamente dispone 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.*

6. Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada



se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta”.

No todo fraccionamiento es ilícito, pues la ley admite que el objeto de un contrato puede fraccionarse siempre que la prestación sea divisible y constituya una unidad funcional, lo que no permite en ningún caso es que la división sirva para infringir los principios de publicidad y de concurrencia.

El fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos incorporada al artículo 99.2 de la LCSP es evitar que mediante esa conducta se eluda la aplicación de las normas relativas a la publicidad o al procedimiento de adjudicación, normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y que representan un elemento central de la contratación pública, además de un sistema de protección de la competencia.

El **artículo 101 LCSP** se refiere al valor estimado del contrato y los conceptos que integra, valor que ha de tomar en consideración el órgano de contratación a efectos de elegir el procedimiento para seleccionar al contratista, de ahí que el artículo 101.4 prohíba que el cálculo del valor estimado del contrato se efectúe con la intención de sustraerlo a la aplicación de las normas de adjudicación previstas en la normativa. Precisamente en congruencia con el artículo 99.6 LCSP, el apartado 12 del artículo 101 dispone que cuando la realización de una obra pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes.

La división en lotes del objeto del contrato ha sido introducida por el legislador con la finalidad de promover y facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. En el aspecto procedimental se establece como garantía específica para evitar el fraccionamiento ilícito del contrato y, con ello, el respeto de las normas procedimentales y de publicidad en la contratación; por eso la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada ha de determinarse en función del valor acumulado del conjunto.

En este caso no se redactaron dos proyectos independientes sino uno solo, no estaba previsto realizar la obra en dos fases, lo cual hubiera sido posible si se hubiera autorizado y motivado por el órgano de contratación; además, no cabe adjudicar



directamente dos contratos menores de obras atendiendo al valor estimado de la parte de la obra realizada cada año por un procedimiento que no tuvo en cuenta para seleccionar al contratista el valor estimado global de la obra.

Si la obra se ejecutó en dos años fue porque el contrato debía financiarse con dos subvenciones, las cuales en el momento de iniciar su ejecución no se habían obtenido; es más, el primer año, al no existir consignación presupuestaria, se aprobó un expediente de modificación de créditos del presupuesto, tal y como se reconoce en el informe.

El desglosado nº 2 del proyecto que redacta el director de la obra en febrero de 2022 hace referencia a lo siguiente: *“Como paso previo a la obra de la urbanización, encargó a quien suscribe el PROYECTO DE URBANIZACIÓN DE LA Calle XXX*

Por motivos presupuestarios se necesita ejecutar la obra en varias fases disponiendo para la primera de ellas de la cantidad de XXX €.

En Febrero de 2022 encarga la redacción del presente Desglosado Nº 2 con lo que se completará el conjunto de la obra contemplada en el proyecto base”.

La tramitación anticipada prevista en el **número 2 de la disposición adicional tercera de la Ley 9/2017**, a la que se refiere su informe, permite, cuando la ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o la financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, que la adjudicación pueda someterse a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente, pero no permite adjudicar el contrato por un procedimiento distinto al que corresponda según su valor estimado global.

Como se ha indicado, el valor estimado de esa obra en su conjunto superaba el límite para acudir al contrato menor, lo cual conocía el órgano de contratación cuando aprobó el proyecto de la obra. No cabe considerar de forma independiente la parte de obra realizada en cada ejercicio por razones presupuestarias, pues esa obra no se programó para ser ejecutada en dos fases, mas bien esa división fue el resultado de la falta de programación que determinó que comenzara su ejecución sin existir consignación presupuestaria.

También se ha indicado que es lícito programar una obra para realizarla en varios ejercicios y solicitar alguna subvención para financiarla, lo que no cabe es programar una obra completa que se proyecta como una unidad funcional y dividirla después en dos contratos que se adjudican directamente de forma independiente a la misma empresa, atendiendo al valor estimado de la fase que se realiza cada año y no de la obra en su conjunto.



El hecho de que el Ayuntamiento hubiera solicitado una subvención para financiarla no puede justificar su falta de licitación, aunque el órgano de contratación pueda elegir dentro de unos márgenes el procedimiento de contratación, ha de hacerlo respetando la unidad funcional del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Pública de Estado ha emitido varios informes sobre las cuestiones que pueden plantearse con relación al fraccionamiento de los contratos menores. Así, el informe 14/2020, de 29 de julio, de este órgano recuerda la doctrina general establecida en anteriores informes. *«Como es bien conocido, el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa del contrato público. En él se limita la aplicación del principio de concurrencia de los licitadores y de su derecho a participar en las licitaciones públicas. Por esta razón, la técnica del contrato menor no puede utilizarse mediante un abuso de los supuestos en que es factible o, dicho de otro modo, si existe la posibilidad de no dividir artificialmente la prestación para adaptarla sin necesidad a la técnica del contrato menor, sino que es factible aplicar un procedimiento más respetuoso con los principios básicos de la contratación pública, ésta debe ser la solución por la que se decida el órgano de contratación para evitar incurrir en un fraude de ley. Este criterio se encuentra recogido en diversos informes de esta Junta Consultiva como el nº 111/2018:*

“Como hemos visto, la finalidad de la norma no era otra que impedir el nacimiento de relaciones contractuales en las que la alteración indebida del objeto pretenda encubrir un fraccionamiento engañoso del contrato con la intención de disminuir su cuantía y eludir así las exigencias normativas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación fijados en la Ley.

Con base en las anteriores premisas, resulta determinante para concluir cuándo media identidad o equivalencia entre las distintas prestaciones, el concepto de unidad funcional u operativa, es decir, la existencia de un vínculo operativo entre dichos objetos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Si tal circunstancia se da, la división del contrato implicaría un fraccionamiento no justificado dado que el objeto del contrato es único.

Bajo estas premisas que constituyen nuestra constante doctrina corresponde al órgano de contratación el análisis de cada caso concreto sin que quepa ofrecer una solución única y general a la cuestión”.

A todo ello hay que añadir una última consideración. El artículo 28.4 de la LCSP señala que “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”. Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.»

También el informe 45/2018, de 2 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, se refiere al fraccionamiento de los contratos menores. En respuesta a una consulta, en concreto, sobre si la mera existencia de una aplicación presupuestaria diferente para cada contrato justifica la posibilidad de valorar de forma separada los contratos que con un mismo objeto se celebren a los efectos de aplicar los límites y requisitos del artículo 118 para la utilización de los contratos menores, remite al anterior informe 9/2018, de 5 de abril, y manifiesta: *“Dicho informe, tras analizar la normativa europea y la española sobre el particular, deduce los requisitos característicos para determinar en qué casos se puede considerar concurrente la responsabilidad autónoma de la unidad funcional, que van más allá de la mera consignación presupuestaria diferenciada para la finalidad del contrato de que se trate”. Y concluye que “en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para los contratos menores hay que tener en cuenta el concepto de unidad funcional previsto en el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público” y que “los límites previstos en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberán verificarse al nivel de la correspondiente unidad funcional”.*

En cuanto a la división del proyecto de una obra completa en fases, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe 31/2019, de 25 de mayo, interpreta que debe entenderse por una *“obra sustancialmente definida”*, a efectos de la aplicación de artículo 13.3 LCSP, *“aquella que, siendo parte de una obra más amplia, tiene entidad por sí misma, está debidamente concluida (aunque sea una parte de un todo) y constituye una unidad funcional propia”*. Cuando una parte de una obra cumpla estas condiciones podrá aplicarse la excepción contenida en el artículo 13.3 LCSP y contratarla mediante proyecto independiente y concluye que *“el valor estimado de un contrato ejecutado por fases habrá de calcularse atendiendo a su importe total y deberá*



incluir el importe de cada una de las fases o partes de la obra en cuestión, incluso aunque sean independientes en los casos del artículo 13.3 LCSP”.

La existencia de una partida presupuestaria que ampare la realización de un contrato público constituye un presupuesto esencial del mismo, se incluye entre el contenido mínimo del contrato (artículo 35 LCSP), siendo una de las causas de nulidad de los contratos la carencia o insuficiencia de crédito (artículo 39.2 LCSP).

La ejecución de esta obra, en concreto, comenzó en el año 2021, sin que existiera habilitación del crédito suficiente en el presupuesto vigente, lo que constituye otra causa de invalidez del contrato, pues lo es haberse apartado total y absolutamente del procedimiento establecido a la hora de seleccionar al contratista.

El acuerdo plenario que aprobó la modificación presupuestaria XXX acordó transferir parte de crédito de la partida presupuestaria XXX para gastos en festejos populares y reducirlo en una cantidad de XXX € para destinarlo a la inversión de la urbanización de esta calle después de que el contrato se hubiera adjudicado.

Si el contrato se financió con la subvención obtenida XXX, como afirma, ninguna razón justificaba la modificación del presupuesto para habilitar la reducción de una partida prevista para financiar otros gastos y, por tanto, carecía de justificación la modificación del presupuesto.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

- En el expediente del contrato de obras de la urbanización de la calle XXX se debió tener en cuenta que el valor estimado de la obra completa proyectada excedía del límite previsto para adjudicarlo mediante el procedimiento del contrato menor, por lo que habrá de considerar el Pleno, previo informe de Secretaría, la procedencia de iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato y del acuerdo que aprobó la modificación del presupuesto de 2021 para su financiación.

- En lo sucesivo tenga en cuenta que corresponde al órgano de contratación determinar si procede tramitar un contrato o dividir su objeto y tramitar varios expedientes de contratación siempre que concurren los requisitos expuestos *ut supra*, sin que esa división pueda infringir los principios de publicidad y de concurrencia, o permita eludir la aplicación de estos principios en el procedimiento de contratación.

- Se recuerda el deber legal de iniciar y tramitar los expedientes de contratación cuando exista crédito adecuado y suficiente para el abono del precio en



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

el presupuesto municipal vigente, sin perjuicio de la posibilidad de tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente, en los términos exigidos en las normas de contratación pública.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN
Tomás Quintana López