

**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA**  
*2019-2020*



Universidad de Oviedo  
*Universidá d'Uviéu*  
*University of Oviedo*

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**DIVISIÓN Y FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL  
CONTRATO DEL SECTOR PÚBLICO**

Realizado por: Clara Lajara García

Convocatoria: enero de 2020

## **Resumen**

La división y el fraccionamiento del objeto del contrato siguen siendo, a día de hoy, dos realidades antagónicas. Mientras se trata de fomentar la división en lotes del objeto del contrato, se combate su fraccionamiento.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público introduce como gran innovación en el ordenamiento jurídico español el uso imperativo de la división en lotes, dejando de considerarlo erróneamente como una puerta abierta al fraude y descubriendo la utilidad práctica de esta figura que incluye y fomenta la participación y competencia de la Pequeña y Mediana Empresa en la ejecución de importantes contratos del sector público.

Además de por las cautelas introducidas por el legislador, mediante toda la labor doctrinal y jurisprudencial dimanante de órganos consultivos, Tribunales contractuales y de la Jurisdicción contenciosa se va paulatinamente paliando el fraccionamiento del objeto del contrato proveniente del uso arbitrario por parte del órgano de contratación de su potestad de configuración de los contratos.

## **Abstract**

The division and fractionation of the contract's object are still, until this date, two antagonistic realities. While trying to increase the division into batches of the contract's object, we fight its fractionation.

The new Public Sector Contract Law introduces as a great new innovation into the Spanish legal system the compulsory use of the division into batches, leaving behind its wrongly consideration as an open door to fraud and discovering the practical use of this figure, which includes and foment the participation and competition of the Small and Medium Companies in the realization of important public sector contracts.

Not only due to the precautions introduced by the legislator, but throughout all the doctrinal and jurisprudential work emanating from consultive authorities, Contractual Courts and Administrative Jurisdiction it all goes progressively palliating the contract's object fractionation which comes from the arbitrary use of power of the contracts configuration by the contracting authority.

## Índice de abreviaturas

Art. - Artículo

Cfr. – Compárese, consulte

Directiva 2014/24/UE - Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

Etc. – Etcétera

LCSP - 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

n. ° - número

Pág. – Página

Págs. – Páginas

PYME - Pequeñas y Medianas Empresas

RE - Recurso

TRLCSP 2011 - Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

Vid. – Véase

# Índice

INTRODUCCIÓN.....	3
1. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	6
2. LA DIVISIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO.....	11
2.1 LA REGLA GENERAL: LA DIVISIÓN EN LOTES. MATICES.....	13
2.1.1 LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN .....	14
2.1.1.1 La ponderación del impacto de la división en lotes sobre los principios de la contratación pública .....	15
2.1.1.2 Especialidades de la unidad funcional .....	18
A. <i>Especialidades en el contrato de obra</i> .....	18
B. <i>¿Es posible dividir en lotes las prestaciones independientes de un contrato mixto?</i> .....	20
2.1.2 EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL: MOTIVOS VÁLIDOS DE NO DIVISIÓN .....	21
2.2 LA CONFIGURACIÓN DE LOS LOTES: EL PROCEDIMIENTO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO .....	22
2.2.1 LIMITACIONES A LA DIVISION EN LOTES.....	24
2.2.2 LA OFERTA INTEGRADORA .....	28
3. EL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO .....	31
3.1 LA VERTIENTE OBJETIVA DEL FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO .....	32
3.2 EL ÁNIMO DEFRAUDATORIO, ¿ELEMENTO ESENCIAL DEL FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO? .....	35
3.3 LAS CAUTELAS DEL LEGISLADOR EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO MENOR .....	37
3.3.1 LA DISMINUCIÓN DEL UMBRAL DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO MENOR .....	38
3.3.2 LA JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD Y DE LA LEGALIDAD DEL USO DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO MENOR .....	39
3.3.3 LA JUSTIFICACIÓN DE LA NO SUSCRIPCIÓN POR EL CONTRATISTA DE MÁS CONTRATOS MENORES QUE NO SUPEREN EL UMBRAL.....	41
3.3.4 LA PUBLICACIÓN TRIMESTRAL DE LOS CONTRATOS MENORES. ....	45
3.4 CUESTIONES RELATIVAS A LAS FIGURAS TIPO DEL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO.....	46

3.4.1 LA MULTIPLICIDAD DE CONTRATOS MENORES PARA UNA ÚNICA NECESIDAD .....	46
3.4.2 LOS CONTRATOS SUCESIVOS.....	47
3.4.3 LOS VACÍOS DE CONTRATACIÓN Y LA EXCEPCIONALIDAD DEL CONTRATO PUENTE: LA PRIMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SUBYACENTE .....	50
3.5 LAS CONSECUENCIAS DEL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO.....	52
3.5.1 LA NULIDAD DEL CONTRATO.....	52
3.5.2 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	53
3.5.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	54
4. CONCLUSIONES.....	56
5. BIBLIOGRAFÍA .....	58

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis exegético de la división y el fraccionamiento del objeto del contrato, visto desde el prisma de la legislación vigente.

Para su estudio se emplearán conceptos legales introducidos por leyes ya derogadas, pero vigentes como parte de la doctrina contractual. A estos efectos, es especialmente reveladora la configuración legal de la estructura del objeto del contrato en el antiguo *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (en adelante, TRLCSP 2011). Si bien es cierto que durante la vigencia del precitado cuerpo legal la división del objeto del contrato era casi tan perseguida como su fraccionamiento, el artículo 86.3 del TRLCSP 2011 establecía en su redacción cómo había de llevarse a cabo correcta y completa configuración de los lotes; indicaciones no recogidas expresamente en el articulado de la actual *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* (en adelante, LCSP), pero plenamente empleadas hoy en día como doctrina administrativa en el razonamiento jurídico realizado por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Tribunales de Recursos Contractuales y en la Jurisdicción contenciosa.

Aunque enmendado, la presente LCSP es, principalmente, el proyecto de ley presentado en su día por el propio Gobierno del Partido Popular. Se trata de una ley tramitada por el procedimiento de urgencia. Su creación y aprobación fueron rápidas, pues su anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015, su proyecto de ley aprobado en el Congreso de los Diputados el 27 de julio y en el Senado el 18 de septiembre de 2017, fue publicada como tal en el Boletín Oficial del Estado el 9 de diciembre de 2017 y entró en vigor, la gran parte de su articulado, el 9 de marzo de 2018.

La LCSP es una de las leyes a la que más enmiendas se le han presentado. Este dato es iluminador respecto de la diversidad de opiniones vertidas por los distintos grupos parlamentarios en el ámbito de la contratación pública. Así, en la tramitación del proyecto de ley en el Congreso de los Diputados se presentaron un total de 1.080 enmiendas, interpuestas, principalmente, al igual que las enmiendas en el Senado, por el PSOE. Se presentó también por el Grupo Parlamentario Podemos una enmienda a la totalidad del proyecto que fue rechazada. El 27 de julio de 2017 tuvo lugar la votación final del

proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, que arrojó el resultado de 20 votos a favor, ninguno en contra y 17 abstenciones.

El texto aprobado por la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados fue publicado el 7 de septiembre de 2017 y tuvo entrada, ese mismo día, en el Senado; el cual acordó como plazo improrrogable para la presentación de enmiendas y propuestas de veto el día 13 de ese mismo mes. Durante ese periodo, en el Senado no se presentó ningún veto, pero sí se presentaron enmiendas al texto. El propio Grupo Parlamentario Popular en el Senado presentó 3 enmiendas a la redacción de los artículos 122.1, 149.1 y 202.1 del proyecto; artículos éstos que fueron los elevados por la Ponencia designada para informar del proyecto de ley ante la Comisión de Hacienda y Función Pública. El día 18 de septiembre de 2017, la precitada Comisión procedió a dictaminar el proyecto de ley y a someter a votación el texto propuesto por la Ponencia en su informe resultando aprobado por 15 votos a favor, ninguno en contra y 11 abstenciones. También presentaron enmiendas el Grupo Parlamentario Unidos- en Comú Podem - en Marea, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, el Grupo Parlamentario Vasco en el Senado, el Grupo Parlamentario Nacionalista Partit Demòcrata – Agrupación Herreña Independiente – Coalición Canaria y el Grupo Parlamentario Mixto. Sin embargo, el número más significativo de enmiendas fueron las presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista, que presentó 148. Respecto de las cuestiones tocantes al presente trabajo, el Grupo Parlamentario Socialista presentó enmienda al artículo 100.1 LCSP proponiendo la inclusión dentro del cálculo del valor estimado del contrato del importe de las prórrogas y de las modificaciones previstas, salvo disposición en contrario. Además, mediante la enmienda presentada frente a la redacción del artículo 101.1 LCSP, trató de adaptar la redacción del texto a la hasta entonces existente figura del contrato de gestión de servicios públicos, que fue suprimida, finalmente, por la propia LCSP. Además, trató de adecuar la propuesta que distinguía las figuras de la concesión de servicios públicos y no públicos.

Como se puede extraer de lo establecido con anterioridad, el cuerpo legal empleado a lo largo de este trabajo nace en el seno de una gran disparidad de opiniones; opiniones que, en lo relativo al objeto del trabajo, no se manifiestan notoriamente, pues respecto de la división en lotes y fraccionamiento del objeto del contrato, la LCSP se limita a transponer la normativa europea; concretamente en lo referido a esta materia, la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre*

*contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE* (en adelante, la Directiva 2014/24/UE).

La LCSP se abre, al fin, a los principios inspiradores de la Unión Europea que velan por la integración y la promoción de la libre competencia de las Pequeñas y Medianas Empresas (en adelante, PYME) en el sector público. Para procurar la diversidad de operadores económicos en el marco público contractual, el Parlamento Europeo y el Consejo contemplan, como opción, la aplicación del mecanismo de la división del objeto del contrato. Dicha herramienta configura la totalidad de las prestaciones de un mismo contrato en varios grupos de prestaciones, o partes de prestaciones, creando así los llamados “lotes” y siendo considerados, cada uno de ellos, como un contrato. De esta forma, las PYME pueden presentarse a la licitación de partes de un contrato grande y formar parte del mismo. La Directiva 2014/14/UE cede a los Estados Miembros la decisión de implantar en sus ordenamientos nacionales el mecanismo de la división en lotes con carácter obligatorio. Y así lo hizo España, que estableció en la LCSP (concretamente en su artículo 99.3) la división en lotes de forma imperativa, siempre y cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan.

Pero la división en lotes del objeto del contrato es discrecional, no arbitraria como el fraccionamiento del contrato, el cual se basa en la creación de diversos expedientes de contratación formados por prestaciones que deberían ser parte de un único objeto contractual; de un único contrato que, en su caso, podría dividirse, o no, en lotes. El establecimiento de estas prestaciones como falsos objetos de diversos contratos tiene como finalidad obtener varios contratos de escasa cuantía (lo que se consigue fragmentando prestaciones) para poder adjudicarlos mediante el procedimiento del contrato menor, el cual se caracteriza por no disponer apenas de los principios de publicidad y concurrencia, propios de los procedimientos generales, para así poder dotar de eficacia y rapidez un procedimiento que nace para procurar a la Administración la rápida satisfacción de necesidades de escasa cuantía.

A lo largo de este trabajo se estudiarán las características y mecanismos de aplicación de estas dos figuras que parecen ser la vertiente legal e ilegal de haber dejado atrás el principio de unidad del objeto del contrato.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objetivo del presente trabajo es el análisis de la división y del fraccionamiento del objeto del contrato. Sin embargo, para poder llevar a cabo un correcto y resolutorio estudio de tales cuestiones, considero necesario partir del desarrollo de las características esenciales del objeto del contrato. Después de todo, la división y el fraccionamiento lo van a ser del objeto del contrato, con lo que conviene conocer previamente su estructura para poder apreciar el funcionamiento de los mecanismos que ponen título a este trabajo.

La importancia del objeto del contrato es tal que figura dentro del listado del contenido mínimo de todo documento en que se formalicen los contratos (art. 35. 1 c) LCSP). También articula el contenido del expediente de contratación (art. 116.2 LCSP) y, por todo ello, ha de ser perfilado en la fase preparatoria de todo contrato.

En aras de procurar una correcta configuración del objeto del contrato han de confluír, necesaria y acumulativamente, diversas notas o características que, a continuación, se proceden a establecer.

En su apartado primero, el artículo 99 de la LCSP establece que el objeto de todo contrato del sector público debe ser *determinado*. Así, mediante su determinación, el legislador busca satisfacer las necesidades o funcionalidades concretas que originan el contrato y, para ello, hallar diversas soluciones potencialmente idóneas. Así, a mayor *determinación* del objeto del contrato, mayor seguridad jurídica.

Por el contrario, los objetos difusos, genéricos y no delimitados inciden de forma negativa sobre ciertos valores que inspiran el sistema de contratación pública. Con lo cual, la redacción abierta, basada en circunstancias eventuales, futuras e hipotéticas de las que puedan derivarse prestaciones no conocidas a la fecha de licitación<sup>1</sup> y, por lo tanto, no determinadas y establecidas en el pliego, genera una gran inseguridad jurídica para los licitadores y motiva la impugnación de determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares. La impugnación de este tipo de cláusulas, además de

---

<sup>1</sup> Como por ejemplo se enunciaban en el artículo 1.1 de su pliego de cláusulas administrativas particulares «Redacción del documento para los trabajos de elaboración del plan general de ordenación de Llanes», licitado por el excelentísimo Ayuntamiento de Llanes en fecha 17 de febrero de 2017, enjuiciado en la Resolución n.º 344/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RE-183/2017 C.A del Principado de Asturias). Dicho objeto del contrato se determinaba de este modo: «*Constituye el objeto del contrato (...) la tramitación ambiental necesaria y cualquier otra documentación que sea requerida por los distintos departamentos (...)*». «*la contestación de las alegaciones que pudieran producirse en el proceso de tramitación y los informes técnicos que sean precisos, en caso de que dicha aprobación definitiva fuese recurrida (...) ante la jurisdicción contencioso-administrativa (...)*».

conllevar la declaración por el órgano competente de ser contrarias a Derecho, pueden también vulnerar el deber de protección del presupuesto de la Administración. Ello es debido a que, si el órgano de contratación ha previsto dentro del presupuesto la realización de ciertos trabajos que están, al momento de la publicación de la oferta e incluso con posterioridad a ella, “en el limbo” y tales trabajos no se llegan a exigir, se le estaría pagando al adjudicatario por un trabajo que no hizo. Además, esa consideración se acentuaría si, en cuanto al abono del pago del contratista, esos trabajos no se encontrasen individualizados en partidas independientes, con lo que no existiría manera de efectuar el pago tan solo respecto de los trabajos realmente realizados. «Por lo tanto, la Administración no puede utilizar este tipo de cláusulas en las que, por su redacción, queda al arbitrio de la misma la realización o no de algunas de las prestaciones del contrato previstas y presupuestadas»<sup>2</sup>.

Además, tal y como establece en su Informe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>3</sup>, el objeto del contrato debe de ser *completo*. Ello es debido a la necesidad de que el objeto reúna todas sus partes para que puedan, de manera independiente, «cumplir por sí mismas una función económica o técnica»<sup>4</sup>. Es decir, que constituyan una *unidad funcional o técnica*.

El objeto del contrato ha de ser *establecido conforme a los principios generales de la contratación* que figuran a lo largo del articulado de la LCSP y, en su mayor parte, en el artículo 1 de la LCSP<sup>5</sup>.

También son esenciales en el marco de la contratación pública los principios de programación de la contratación y buena gestión, fundamentales para evitar vacíos en la

---

<sup>2</sup> Cfr. Resolución n.º 344/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RE-183/2017 C.A del Principado de Asturias), pág.9.

Así mismo, la cláusula 22.6.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares exigía al futuro adjudicatario que, sin ningún coste para el Ayuntamiento, prestase los servicios que fueran necesarios para el correcto desarrollo y cumplimiento del contrato, pudiendo exigirse vencido el plazo de duración. El TACRC dictaminó que esta circunstancia generaba «inseguridad a la hora de permitir a los licitadores calcular el coste real de la prestación del servicio», así como un enriquecimiento injusto de la Administración por la realización de prestaciones gratuitas una vez liquidado el contrato. (pág. 10)

<sup>3</sup> Informe 1/2017, de 1 febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pág. 5.

<sup>4</sup> Informe 1/2017, de 1 febrero ..., *ibidem*, pág. 5, citado por la propia Junta con referencia al artículo 3.4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón.

<sup>5</sup> *Libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios; 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.*

contratación o el uso indebido de contratos sucesivos, al prever así tanto la duración de la necesidad como su posible carácter permanente, previsible y recurrente.

Habiendo hasta ahora hecho referencia a las notas características del objeto del contrato, se debería abordar brevemente su configuración estructural.

Toda contratación empieza con la concreción de una necesidad pública que justifica el nacimiento de un contrato. El objeto del contrato ha de verse “de más a menos”; es decir, hay que determinar primero si la necesidad pública es autónoma e independiente, luego fijar las prestaciones que puedan satisfacer esa necesidad, a continuación, estudiar la relación entre tales prestaciones para ver si funcionan separadamente o si, por el contrario, presentan entre ellas una unidad u operatividad sustancial y, por último, precisar las partes configuradoras de las prestaciones que constituyan una unidad funcional y ver si pueden ser tratadas separadamente.

Esta enumeración de las partes del objeto del contrato vista en sentido descendente ha de considerarse, conceptualmente, como una especie de conjunto de círculos concéntricos (cada uno constituyendo una de las partes en el anterior párrafo mencionadas) que mantienen con el anterior y el siguiente una vinculación funcional.

Así, comenzando con la necesidad funcional, se podría decir de ella que promueve el origen del contrato, ya que éste se crea para satisfacer finalidades (o necesidades) en virtud del interés público. Por eso, el estudio de la estructura interna del objeto del contrato parte de la máxima de que las entidades del sector público no pueden fragmentar necesidades que puedan subsistir por sí mismas como autónomas<sup>6</sup>.

Existen necesidades públicas generales, como pueden ser, por ejemplo, la publicidad de una región. Pero a medida que se desciende; es decir, a medida que se va haciendo más concreta esa necesidad pública general, va apareciendo una necesidad pública autónoma que, en el caso de dar a conocer una región, sería la de mostrar su gastronomía, naturaleza e historia, por ejemplo. Para ello, se requeriría la creación de 3 producciones audiovisuales: una correspondiente a la gastronomía; la segunda, referente a espacios naturales y; la tercera, relativa a los monumentos históricos, cada una con su pliego de prescripciones técnicas.

---

<sup>6</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, consulta 3), apartado 1, párr. 5.

Entonces, las necesidades públicas son autónomas cuando pueden subsistir unas sin otras<sup>7</sup>; es decir, la producción relativa a la gastronomía existe sin necesidad de que, para ello, tengan que crearse las otras dos producciones. Así, podríamos decir que «la necesidad pública (autónoma) es identificable como suficiente dentro de la actividad de la entidad (...).»<sup>8</sup>. Además, la entidad pública no está obligada a contratar de manera conjunta varias necesidades autónomas<sup>9</sup>; con lo que «allí donde exista una necesidad pública identificable como autónoma, si se abarca toda, no se puede decir que exista fraccionamiento de contrato.»<sup>10</sup>.

Por lo tanto, cada necesidad pública autónoma puede dar lugar a la licitación y/o adjudicación independiente de un contrato. De esta forma, cada contrato tendrá por objeto una necesidad autónoma y estará compuesto por una serie de prestaciones que guardarán una operatividad funcional entre ellas en aras a satisfacer dicha necesidad (art. 99.1 LCSP).

Para satisfacer una necesidad pública se necesita contratar prestaciones. Dichas prestaciones (y sus partes) han de guardar entre ellas una *unidad funcional*, es decir, no han de poder separarse sin que la consecución del fin público que persiguen pueda sufrir menoscabo o detrimento<sup>11</sup>. Consecuentemente, si tales prestaciones se constituyeran cada una en un contrato tendría lugar un fraccionamiento indebido, porque esos objetos erróneamente configurados como independientes serían en realidad prestaciones constitutivas de un único contrato.

Por el contrario, será posible la realización independiente de cada una de las partes del objeto del contrato «(...) mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.»<sup>12</sup>.

Consecuentemente, no deben integrarse «en un solo contrato dos o más prestaciones similares si entre ellas no existe un vínculo operativo y real y es perfectamente posible

---

<sup>7</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre..., *ibidem*, apartado 1, párr. 20.

<sup>8</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre..., *op. cit.*, apartado 1, párr. 13.

<sup>9</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre ..., *op. cit.*, apartado 1, párr. 5.

<sup>10</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre ..., *op. cit.*, apartado 1, párr. 17.

<sup>11</sup> Informe 1/2017, de 1 febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pág. 7.

<sup>12</sup> El concepto de unidad funcional ha quedado instaurado en la doctrina como tal por la redacción del anterior artículo 99.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

contratarlas por separado o, incluso, su explotación en forma independiente»<sup>13</sup>. Por ello, «dentro de un contrato se han de incluir todos los servicios “homogéneos” pero la homogeneidad no puede trascender más allá del eje esencial de contratación, es decir, no puede extenderse más allá de una necesidad, y debe quedar dentro de ella.»<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Expediente 72/18, pág.6.

<sup>14</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, consulta 3), apartado 1, párr. 20.

## 2. LA DIVISIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

Hasta el año 2017, las leyes anteriores de contratos del sector público españolas restringían el uso de la división en lotes del objeto del contrato. Para que éste tuviera lugar, se exigía que concurriesen determinadas causas de justificación plasmadas «debidamente» en el expediente, lo que en la práctica mermaba el uso de este instrumento. Primaba, hasta entonces, el carácter unitario del objeto del contrato; esto es, el tratamiento unitario de la totalidad prestaciones.

A raíz de la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/24/UE, y la *Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, surge, entre otros, el nuevo artículo 99.3 LCSP<sup>15</sup>, que recoge, como regla general, la de realizar de forma independiente cada una de las partes del contrato, especialmente cuando se trate de grandes contratos, siempre y cuando su naturaleza u objeto lo permitan y no existan motivos válidos que justifiquen la no división. En el caso de que esos motivos existieran, el órgano de contratación habría de justificar en el expediente su decisión de no dividir el objeto del contrato.

La Unión Europea alienta a los poderes públicos, mediante la adaptación del procedimiento de contratación pública a las necesidades de las PYME, a facilitar su acceso a la contratación pública y, de este modo, aumentar la competencia. Esta obligación de dividir en lotes el objeto del contrato tiene una única finalidad, especialmente justificada en la licitación de grandes contratos, que es la de promover la concurrencia de las PYME en el sector público. Mediante la división en lotes se reducen los requisitos de solvencia, aplicándola en relación con cada uno de ellos, «si bien, permite al órgano de contratación exigir un determinado volumen de negocios por referencia a grupos de lotes, en el caso de que al adjudicatario le correspondan varios

---

<sup>15</sup> Resolución n.º 190/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 13 de junio de 2019: «De lo anterior cabe concluir: a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYME en los contratos del sector público. b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos. c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote. d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.»

lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo, generando con ello una mayor concurrencia a las licitaciones»<sup>16</sup>.

Hasta la nueva Ley, la contemplación de la división en lotes siempre estuvo vista con cierto recelo, pues se consideraba como una especie de puerta abierta al fraude. Por eso, el ahora considerado “instrumento” para la participación en la contratación pública de las PYME significaba, hasta el 9 de marzo de 2018 (momento en que la LCSP entra en vigor), una excepción al principio de unidad del contrato.

Sin embargo, la regulación de la división en lotes, tanto en el anterior TRLCSP 2011 como en la presente Ley, me parece ciertamente garantista ya que, en ambas, puede verse, desde la iniciación del expediente, el contrato globalmente razonado y la posterior división de sus prestaciones; es decir, los interesados cuentan con el conocimiento del determinado y completo objeto del contrato para poder formar sus propias consideraciones acerca del correcto uso del Derecho por parte del órgano de contratación. De esta manera, pueden defender sus argumentos ante la correspondiente institución contra el fraccionamiento del contrato, basado en la separación disfuncional de prestaciones o de sus partes respecto de su unidad técnica o funcional.

Por lo tanto, a mi modo de ver, lo que con la nueva Ley cambia no es la esencia sustantiva de la división en lotes, sino los motivos ante los que se erige. La transposición de las Directivas al ordenamiento jurídico español supone la apertura nacional a los valores dimanantes de la Unión Europea; valores inclusivos que potencian, en este caso, la igualdad de oportunidades de los distintos operadores económicos. El acceso de las PYME a la participación en grandes contratos hace que nuestro ordenamiento jurídico pierda el miedo a la división en lotes y que vea, finalmente, la utilidad de una herramienta introducida en su tiempo respecto de determinados sectores para procurar la diversidad de licitadores, como fue el caso de las telecomunicaciones<sup>17</sup>.

De este modo, el principio general pasa a ser la división en lotes siempre que ello sea posible, y se suprime el deber de justificar preceptivamente la división. Se invierte la

---

<sup>16</sup> BATET JIMENEZ, P., “La división del objeto del contrato en lotes”, II.3 “Algunos aspectos del procedimiento cuando se establezcan lotes” GABILEX, N.º 6, junio 2016.

<sup>17</sup> “Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación”. Su artículo 5 establece la obligatoriedad de licitar los contratos en lotes, siempre que ello sea posible. Introduce este Real Decreto, asimismo, como opción la posibilidad de que el órgano de contratación opte por introducir en el pliego de cláusulas administrativas la oferta integradora respecto de varios o todos los lotes que se vayan a licitar.

situación, y lo que ha de justificarse es la decisión del órgano de contratación de no dividir en lotes el contrato de que se trate; es decir, se quitan las trabas de la división para ponérselas a la no división, con lo que esquivar la contratación en lotes, si no es por motivo justificado debidamente, se hace, de esta forma, muy complejo.

## **2.1 LA REGLA GENERAL: LA DIVISIÓN EN LOTES. MATICES**

El apartado 1 del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE establece como posibilidad que los poderes adjudicadores puedan optar por la adjudicación de un contrato en forma de lotes separados y, también, por la determinación del tamaño y del objeto de dichos lotes. En caso de que los poderes adjudicadores decidan no llevar a cabo la división en lotes han de motivar dicha decisión, que se incluirá en los pliegos de la contratación o en los «Informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos» que establece el artículo 84 de la Directiva.

Sin embargo, el apartado 4 del precitado artículo 46<sup>18</sup> otorga a los Estados miembros la decisión convertir la posibilidad (de ordenar la contratación de un objeto en lotes) en obligación; de acuerdo con las condiciones especificadas conforme al Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión.

El Derecho nacional español recoge en su artículo 99.3 la división en lotes del contrato de forma imperativa, siempre que, efectivamente, pueda dividirse en lotes el objeto del contrato: «*Siempre que la naturaleza<sup>19</sup> o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, (...).*».

Es decir, el legislador español vela porque la regla general sea siempre la de procurar la división en lotes. Sin embargo, para que dicha división pueda, finalmente, tener lugar ha de superar una serie de consideraciones previas llevadas a cabo por el poder adjudicador.

---

<sup>18</sup> Art. 46. 4 de la Directiva 2014/24/UE: «Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3.».

<sup>19</sup> *Naturaleza* ha de entenderse como lo dispuesto por las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretende conseguir con él. JCCA informe 69/08, de 31 de marzo de 2009, pág. 3.

Así la división en lotes no es una obligación como tal, ya que, si bien la Directiva 2014/24/UE anima desde su Considerando 78 a procurar el empleo de esta figura jurídica, también afirma que el poder de licitación gozará «de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial». De este modo, la única obligación que la precitada Directiva impone es la de «estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes», de tal forma que, si el órgano competente estima que no se debiera hacer uso de la división en lotes, «el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador».

### **2.1.1 LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN**

Mediante la potestad discrecional, el órgano de contratación determina la necesidad pública autónoma que ha de satisfacerse. Para ello, haciendo asimismo uso de dicha potestad, fija las prestaciones conformantes del objeto del contrato, así como los requisitos técnicos exigibles para su correcta ejecución.

Además, en base al principio de discrecionalidad técnica, el órgano de contratación goza de libertad para configurar los lotes.

La virtualidad práctica de la división en lotes del objeto de un contrato consiste en crear tantos contratos como lotes u ofertas integradoras seleccionadas resulten de dicha división. Esos contratos tendrán por objeto la realización independiente de las prestaciones conformantes del contrato dividido. Para ello, dichas prestaciones tienen que constituir una unidad funcional separable que pueda ser desarrollada de forma independiente sin que ello suponga un menoscabo o detrimento en la consecución del fin público<sup>20</sup>. Así, la determinación de si, efectivamente, las prestaciones (o partes de las prestaciones) son materialmente divisibles en lotes, le corresponde al órgano de contratación en función de la discrecionalidad técnica que a estos efectos ostenta.

La división en lotes constituye, por tanto, un derecho potestativo que asiste al órgano de adjudicación, y que «se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación

---

<sup>20</sup> Informe 1/2017, de 1 febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pág. 7.

administrativa»<sup>21</sup>, pues dicho órgano ha de optimizar la contratación pública mediante la adecuada ponderación de los principios básicos de la contratación – eficiente utilización de los fondos públicos y en la ejecución de las prestaciones, la libertad de acceso a las licitaciones la no discriminación y la salvaguarda de las competencias<sup>22</sup> - en función de la división o no en lotes; es decir, el estudio de cómo afectaría la división en lotes sobre los principios de la contratación. Entonces, todo órgano de contratación ha de llevar a cabo una labor de análisis en función de las características del caso concreto para determinar cómo estructurar su licitación. Pero ello siempre esforzándose por «facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños» (Considerando 79 Directiva 2014/24/UE).

Por tanto, la discrecionalidad técnica del poder adjudicador no es absoluta, puesto que, con carácter general, además de por el deber de justificación en expediente de su decisión de no dividir en lotes las prestaciones del contrato, se encuentra limitada por la prohibición de la división del contrato en fraude de ley (art. 99.2 LCSP) y por la motivación racional de las decisiones de la configuración concreta de los lotes escogidos.

De esta forma, para salvaguardar el correcto uso de la potestad discrecional, existe la posibilidad de revisión por parte de los Tribunales «por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia»<sup>23</sup>, entre otros motivos. Sin embargo, es importante incidir en que «la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él»<sup>24</sup>. Ello es debido a que la potestad discrecional para la división del objeto del contrato en lotes es la misma que para la de su determinación.

---

<sup>21</sup> Cfr. Resolución n.º 430/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de abril de 2018 (Recurso n.º 346/2018), pág.7.

<sup>22</sup> Cfr. VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato”, *Revista Española de Control Externo* - vol. XX- n.º 60 (septiembre de 2018), p. 176.

<sup>23</sup> Cfr. VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato”, *Revista Española de Control Externo*- vol. XX- n.º 60 (septiembre de 2018), p. 173.

<sup>24</sup> Cfr. Resolución n.º 777/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 11 de julio de 2019 (Recurso n.º 379/2019), que cita en su página 8 su Resolución 756/2014, de 15 de octubre.

### **2.1.1.1 La ponderación del impacto de la división en lotes sobre los principios de la contratación pública**

Como ya se señaló, el resultado de la configuración de la contratación no solo se basa en que las prestaciones sean estructuralmente susceptibles de división en lotes, si no en que ha de prevalecer el interés predominante en el concreto caso de que se trate. Así, tal y como establece el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales «a los efectos de considerar correcto o incorrecto el fraccionamiento del objeto del contrato habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia (...) se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, de donde se desprende, como también ha señalado el Tribunal en la resolución 247/2012, 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: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) 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; 4) 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»<sup>25</sup>.

En este epígrafe, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 15418/2014, del 4 de diciembre de 2014<sup>26</sup>, que, a pesar de surgir nueve meses después de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Directiva 2014/24/UE, y al amparo del TRLCSP 2011, tiene muy presente lo recogido y defendido por dicha Directiva.

El Ayuntamiento de Parla aprobó, en su día, la celebración de un contrato de servicios que se encontraba compuesto por tres objetos:

- 1) Servicio de desinfección, desinsectación, desratización y desratonización;

---

<sup>25</sup> Resolución n.º 214/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 12 de junio de 2013, (Recurso n.º 236/2013), pág. 7.

<sup>26</sup> Que anula la Resolución dictada en fecha 12 de septiembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP).

2) Servicio de control de aves urbanas;

3) Servicio de recogida de animales abandonados, retirada y destrucción de animales muertos en la vía pública y funcionamiento del Centro de Protección Animal de Parla.

El Pliego de Prescripciones Técnicas establecía requisitos técnicos distintos para cada uno de los objetos, diferentes ámbitos de actuación, contenido y alcance del servicio, etc....

El Ayuntamiento de Parla considera que las prestaciones que componen dicho contrato «no son antagónicas», con lo que su agrupación en un mismo contrato, además de reducir los costes de las empresas que desempeñen el contrato que conllevaría la consiguiente minoración del precio del servicio para la Administración, «incrementar[ía] su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez [supondría] aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, por lo que, aun admitiendo que en el caso presente las prestaciones pudieran ser unidades independientes, concluye que concurre un componente práctico para que las tres actividades sean contratadas conjuntamente, formando parte de la libre voluntad del órgano de contratación el optar por la contratación conjunta o fraccionada en uno o varios lotes.» (FJ 4º).

El TSJ de Madrid, si bien afirma que es posible la licitación conjunta de distintos e independientes tipos de prestaciones, siempre que cada una de ellas se defina independientemente de las demás, considera que el verdadero fondo del asunto está en esclarecer si, efectivamente, el órgano de contratación puede imponer que los tres objetos del contrato se lleven a cabo con un único empresario, estando por ello cada uno de los licitadores obligado a presentar oferta a la totalidad del contrato, como es el caso, o se permite licitar por lotes pudiendo los licitadores presentar oferta respecto de uno, varios o todos los lotes y pudiendo contratar el órgano de contratación con uno o varios empresarios.

A pesar de haber tenido lugar este asunto en el año 2014, en el que estaba plenamente vigente el TRLCSP 2011, para el TSJ de Madrid pesan más los principios generales de la contratación pública que la regla general, del entonces artículo 86.3 TRLCSP 2011, de no división en lotes del objeto del contrato; no considerando tampoco acertada la citada ponderación de principios realizada por el Ayuntamiento de Parla, ya que la justificación de la adjudicación de todo el contrato a un único empresario no solo ha de basarse en razones de eficiencia sino en las concretas circunstancias de las «empresas de los sectores

correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de muy diferente naturaleza.» (FJ 5º).

Concluye, por tanto, el TSJ de Madrid que, conforme a los principios generales de la contratación y la normativa comunitaria, el Ayuntamiento de Parla debería de haber licitado el mentado contrato en lotes, ya que si se obliga a que solo puedan participar en la licitación empresas que presten la totalidad de los servicios solicitados, «se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podrían haber formulado ofertas muy ventajosas, incluso las más ventajosas, a la parte o lote de servicios correspondiente a su especialidad» (F.J 5º).

### **2.1.1.2 Especialidades de la unidad funcional**

A lo largo de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se deja patente que la voluntad de la Ley es la de impedir el fraude, no la de integrar en un mismo contrato prestaciones similares que no guarden relación alguna entre sí. Dicho de otro modo, las prestaciones integrantes de un contrato y, por tanto, las prestaciones integrantes de los lotes resultantes de dividir un contrato han de estar conformadas por prestaciones entre las que exista un «vínculo operativo y real y sea perfectamente posible contratarlas por separado o, incluso, su explotación en forma independiente»<sup>27</sup>.

#### *A. Especialidades en el contrato de obra*

Respecto de este concepto jurídico indeterminado- *la unidad funcional*- conviene destacar las especialidades del contrato de obra. La Directiva 2014/24/UE define en su artículo 2.1.7) obra como «el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica». Y en idénticos términos define el concepto de «obra» el artículo 13.2 de la LCSP, salvo que añade que (esa función económica o técnica) «tenga por objeto un bien inmueble»<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, expediente 72/18. Materia: fraccionamiento del contrato.

<sup>28</sup> Art. 13.2, párr.2: «También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.».

Los contratos de obra, continúa el referido artículo 13 de la LCSP en su apartado 3, se tienen que referir a una *obra completa*, es decir, «a 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.».

Esta definición es reflejo de lo ya determinado por el Tribunal Supremo en el año 1984, cuando en su sentencia de 15 de febrero establece el *principio de unidad de obra* para así «evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda»<sup>29</sup>.

Consecuentemente, mediante los requisitos de obra *única y completa*, el legislador ata las prestaciones de la obra de tal modo que no puedan quedar a la suerte de formar un único contrato no siendo bajo la figura de los lotes; es decir, evita el fraccionamiento y facilita la división.

Para apreciar la concurrencia de una única obra, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene realizando una labor analítica respecto de los requisitos que confluyen en el caso concreto. Así, puede decirse que la concurrencia de los requisitos de *función económica o función técnica* es imperativa, pero pueden estar en conexión y pueden ser apreciados entre la confluencia de otros criterios que, si bien no están exigidos por la Ley, forman parte de la realidad que enmarca dicho contrato como, por ejemplo, el criterio temporal o geográfico.

Ha de tenerse presente que el hecho de que exista una única entidad adjudicadora «no es un requisito necesario sino un mero indicio de la existencia de una única obra.»<sup>30</sup>

Así, «la pluralidad de entidades adjudicadoras y la imposibilidad de que una sola empresa realice la totalidad de las obras en cuestión no pueden desvirtuar la existencia de una obra cuando tal conclusión resulte de la aplicación de los criterios funcionales»<sup>31</sup>.

Sin embargo, pueden contratarse obras definidas mediante proyectos independientes que traten acerca de cada una de las partes de la obra que sean susceptibles de utilización

---

<sup>29</sup> Sentencia, de 15 de febrero de 1984, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), RJ 1984\956, primer considerando.

<sup>30</sup> STJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-16/98, Considerando 40.

<sup>31</sup> STJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-16/98, Considerando 42.

independiente, en cuanto al uso general o del servicio, o que puedan ser sustancialmente definidas, previa autorización administrativa del órgano de contratación que considere conveniente dicha contratación<sup>32</sup>. Es decir, dentro de una obra completa, pueden contratarse de forma separada prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en dicha obra. Para ello, dichas prestaciones han de gozar de sustantividad propia que permita su ejecución separada<sup>33</sup>.

Visto a *sensu* contrario, no pueden contratarse por separado prestaciones «que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas.»<sup>34</sup>.

*B. ¿Es posible dividir en lotes las prestaciones independientes de un contrato mixto?*

El contrato mixto viene regulado, entre otros, en los artículos 18 y 34 de la LCSP. De la interpretación conjunta de estos dos artículos se desprende que las prestaciones correspondientes a distintos contratos pueden fusionarse y dar lugar a un contrato mixto cuando dichas prestaciones estén directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan tanto su consideración como su tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

Más adelante, en el artículo 99.3 LCSP, se recoge la regla general de división en lotes del objeto del contrato para realizar de forma independiente cada una de sus partes. ¿Se aplica esta regla a los contratos mixtos?

Las excepciones y restricciones que la LCSP establece respecto de la aplicación de la regla general de división en lotes son las que figuran en el artículo 99.3, párrafo 2 y 99.4, respectivamente. Fuera de las mismas, el contrato deberá de dividirse en lotes (siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan), no suponiendo una excepción el hecho de que se esté ante un contrato mixto.

---

<sup>32</sup> Art. 13.3, párr. 2 LCSP.

<sup>33</sup> Informe 6/16, de 27 de abril de 2017. “Posible fraccionamiento del objeto del contrato en contrato de mantenimiento del parque automovilístico”. Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), pág. 3.

<sup>34</sup> Informe 6/16, de 27 de abril de 2017. “Posible fraccionamiento del objeto.... *Op. Cit.*, Pág. 3

Así, el hecho de que el artículo 34 requiera la existencia de la vinculación directa y unidad funcional entre prestaciones no obsta a que dichas prestaciones puedan realizarse independientemente en la unidad funcional que compongan. La división en lotes de los contratos mixtos depende de las características concretas que ostente el contrato de que en cada caso se trate. Habrá de estarse, como en cualquier otro tipo de contrato, a las circunstancias propias de cada prestación y contrato, de tal forma que la consideración por parte del órgano de contratación de que estructuralmente se pueda dividir el contrato mixto no conlleva, necesariamente, la desaparición de los requisitos de vinculación directa y unidad funcional de dichas prestaciones<sup>35</sup>.

### **2.1.2 EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL: MOTIVOS VÁLIDOS DE NO DIVISIÓN**

Como excepción a la regla general, el propio artículo 99.3 de la LCSP en su apartado segundo prevé la posibilidad de que en función del caso concreto puedan existir motivos válidos que para el órgano de contratación hagan conveniente no dividir en lotes el objeto del contrato. Dichos motivos tienen que justificarse debidamente en el expediente.

Así, la LCSP considera en todo caso motivos válidos, en primer lugar, el hecho de que mediante la división en lotes pueda restringirse injustificadamente la competencia. Cuando el órgano de contratación así lo crea, «deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.».

También considera la Ley, en todo caso, motivo de no división en lotes del objeto del contrato el hecho de que la realización de las prestaciones de forma independiente pudiera dificultar el funcionamiento o ejecución del objeto del contrato en su conjunto, tanto desde el punto de vista técnico como por la naturaleza del propio objeto. Ello por la necesidad de coordinación de todas las prestaciones que lo componen, circunstancia esta que puede verse dificultada por la división en lotes de las partes del objeto del contrato.

Estos motivos enunciados en el artículo 99.3.3 de la LCSP no son cerrados, sino que la Ley admite cuantos motivos el órgano de contratación considere, siempre que se

---

<sup>35</sup> Vid. Expediente 7/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

encuentren debida y racionalmente justificados y se haya intentado en su razonamiento y consideración favorecer la participación de la PYME en la contratación pública.

A modo de ejemplo, el Considerando (78) de la Directiva 2014/24/UE señala que las razones motivadoras de tal decisión podrían ser el que «dicha división pudiera conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.».

## **2.2 LA CONFIGURACIÓN DE LOS LOTES: EL PROCEDIMIENTO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO**

La configuración final de los lotes será el resultado de la aplicación de los distintos aspectos que a lo largo de este epígrafe se van a recoger.

La norma procedimental fundamental de la división en lotes es la recogida en el artículo 99.7 de la LCSP: *cada lote, o cada oferta integradora, constituirá un contrato*, salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato.

Con anterioridad, se había resaltado que la virtualidad práctica de la división en lotes es la de crear tantos contratos como lotes haya configurado el órgano de la contratación, salvo en el caso de las ofertas integradoras en la que la oferta constituirá un solo contrato.

De esta manera, mediante la aplicación del artículo 101 relativo al valor estimado del contrato con las especialidades que el artículo 99.6 establece respecto de la división en lotes, surgirán las normas procedimentales y de publicidad que hayan de aplicarse en la adjudicación de cada lote u oferta integradora.

Así, tal y como dispone el artículo 101.12 de la LCSP, cuando un contrato pudiera derivar en la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se ha de tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de tales lotes<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Hace referencia exclusiva a la realización de una obra, contratación de unos servicios o la obtención de suministros, así como que de una obra o servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios.

Consecuentemente, ha de tenerse presente la regulación que los artículos 20, 21 y 22 establecen respecto del valor estimado de los lotes. Así, si el valor estimado acumulado de los lotes en los que se divida la obra supera o iguala la cantidad de 5.548.000 euros, cada uno de dichos lotes se adjudicará de acuerdo con las normas que rigen la regulación armonizada (art. 20.2 LCSP). Lo mismo sucede respecto de la adjudicación de los lotes en el caso de que se trate de un contrato de suministros, cuando el valor estimado acumulado de los lotes sea igual o superior a los umbrales que el artículo 21.1 marca. Sin embargo, si el valor estimado de alguno de los lotes fuera inferior a 80.000 euros y siempre que el valor estimado acumulado de los mismos no superase el 20% del valor acumulado de su totalidad, los órganos de contratación podrán exceptuar la aplicación de las normas de los contratos sujetos a regulación armonizada para la adjudicación de dichos lotes (art. 21.2 LCSP). Idéntico contenido que las reglas procedimentales para la adjudicación de lotes respecto del contrato de suministros alberga el artículo 22.2 en cuanto al contrato de servicios.

Respecto de la acreditación de la solvencia del empresario, el artículo 87.1.a), párr. 2 LCSP establece una matización en cuanto a uno de los medios probatorios de la solvencia a elección del órgano de contratación: el del volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato respecto del mejor ejercicio de entre los tres últimos disponibles en función «de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente»<sup>37</sup>. El criterio que dicho medio de acreditación de solvencia recoge se aplicará en relación con cada uno de los lotes. Sin embargo, el órgano de contratación, en caso de que al adjudicatario se le hubieran adjudicado varios lotes que hubieran de ejecutarse al mismo tiempo, puede establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los licitadores por referencia a grupos de lotes. Además, cuando los requisitos de solvencia económica y financiera (o técnica y profesional) variasen de un lote a otro, se aportará una declaración responsable por cada lote o grupo de lotes al que se apliquen los mismos requisitos de solvencia (art. 140.1.g) LCSP).

---

<sup>37</sup> *Vid.* Art. 87.1.a) LCSP.

En cuanto a la garantía, cuando el órgano de contratación hubiese acordado su exigencia, ésta se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador fuera a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato (art. 106.2, párr. 2 LCSP).

### **2.2.1 LIMITACIONES A LA DIVISION EN LOTES**

Con su artículo 46, la Directiva 2014/24/UE<sup>38</sup> permite a los poderes adjudicadores decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Esta circunstancia se manifiesta en nuestro Derecho nacional mediante el artículo 99.4 LCSP, que introduce determinadas limitaciones a la libertad de acceso a las licitaciones.

Dicho artículo se encuentra respaldado por el Considerando (79) de la Directiva 2014/24/UE, que afirma que los poderes adjudicadores *deben* estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, así como a limitar el número de lotes que se les puede adjudicar. Para ello, el Considerando (78) sugiere a los órganos de contratación dos maneras de llevar a cabo la división de los lotes: de manera *cuantitativa*, de tal forma que la magnitud de cada lote (cada contrato) pudiera encajar con la capacidad de las PYME; o de manera *cualitativa* para que los contratos adjudicados puedan ser ejecutados por las PYME en función de la especialización o gremios, la tipología de bienes o servicios, la especialización en el mercado, las funcionalidades, o de criterios geográficos. Pero la división en lotes siempre ha de ser tendente al fin que persigue: la concurrencia de las PYME a la contratación pública en sintonía con el interés general.<sup>39</sup>

Ha de tenerse muy presente que esta limitación de lotes por parte del poder adjudicador está «configurada como una excepción a la regla general de libre concurrencia y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que debe recibir una aplicación estricta o no extensiva, quedando fuera de la ley las excepciones a la

---

<sup>38</sup> En el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, los poderes adjudicadores plasmarán si las ofertas de los licitadores pueden presentarse para uno, para varios o para todos los lotes. Así, los poderes adjudicadores están facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, siempre y cuando en el anuncio o en la invitación de confirmación de interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Ello incluso cuando los licitadores puedan presentar ofertas para todos o varios lotes (art. 46.2 de la Directiva).

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.C., “Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* Vol. 21 (2017), pp. 192-228, (pág 30 de 37).

adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida, es decir, la del número de lotes de que se puede ser adjudicatario y que no deriven de criterios estrictamente competitivos, como sería una valoración para el caso de la existencia o no de escasa o suficiente concurrencia o la conveniencia, que siempre sería al menos discutible, de dar entrada a otro licitador que ha realizado una oferta objetivamente menos valorada.»<sup>40</sup>.

Así, las limitaciones que el órgano de contratación establezca tienen que estar justificadas debidamente en el expediente. Dichas limitaciones pueden ser las siguientes (art. 99.4. 1 LCSP):

- a) *Limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.*
- b) *Y también puede limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.*

Cuando el órgano de contratación decida introducir alguna de estas dos limitaciones para configurar los lotes, éstas, además de tener que figurar racional y debidamente justificadas en el expediente, han de plasmarse expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 99.4.2 LCSP).

Además, cuando el órgano de contratación limite el número de lotes adjudicables a cada licitador, han de incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas (objetivos y no discriminatorios) que vayan a aplicarse cuando un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que supere el máximo que se hubiera indicado en el anuncio y en el pliego; ello como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación (art. 99.4. 3 LCSP). Esta circunstancia podría darse, por ejemplo, en el caso de que se adjudique algún lote de más a un mismo licitador para evitar que dicho/s lote/s pudieran quedar desiertos.

Para limitar los lotes, no sólo ha de tenerse en cuenta el objeto y el volumen de los contratos, sino que también ha de tomarse en consideración «la tipología o el fundamento de la división del objeto del contrato (lotes por funcionalidades, por criterios geográficos,

---

<sup>40</sup> Resolución n.º 798/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 14 de septiembre de 2018, pág. 11, (Recurso n.º 632/2018 C.A. Illes Balears 38/2018).

por umbrales o franjas económicas, etc.) y el sector a que se dirige la licitación, así como el perfil y la tipología de empresas llamadas a participar»<sup>41</sup>.

Cuando el órgano de contratación limite el número de lotes susceptibles de adjudicación al licitador, éste podrá presentar su oferta a todos los lotes, a varios de ellos o a uno solo (estas dos últimas opciones tendrían lugar cuando se hubiese también limitado la concurrencia a la presentación de oferta), pero sólo se le podrían adjudicar, como máximo, el número de lotes que el órgano de contratación hubiese establecido en el anuncio de licitación y pliego de cláusulas administrativas particulares.

La fijación de criterios de adjudicación de lotes cuando su número estuviera limitado es una cuestión delicada, ya que un licitador podría obtener la mayor calificación respecto de la totalidad de los lotes a los que puede presentar su oferta, pero sólo podrían adjudicársele un número inferior de lotes que el de las ofertas presentadas. ¿Cómo decide entonces el órgano de adjudicación qué lotes adjudica al licitador de mayor puntuación? En ocasiones, los pliegos dan la opción de elegir al propio licitador que numerará, en orden de preferencia, los lotes que escoge al presentar las ofertas<sup>42</sup>.

Así, en palabras del Tribunal Administrativo de Central de Recursos Contractuales<sup>43</sup>:

*La concurrencia ha de preservarse en los términos de la ley, esto es, limitando el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario, pero no excluyendo para el caso la mejor oferta realizada para el lote en función de que se hayan presentado o no ofertas a otros lotes, pues ello resulta contrario a los principios de la contratación, singularmente los de no discriminación, salvaguarda de la libre competencia, eficiencia y oferta económicamente más ventajosa y protección del mejor mérito.*

*No es función de la mesa de contratación preterir las ofertas realizadas y económicamente más ventajosas en función de criterios de competencia valorados para el caso concreto.*

---

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.C., “Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* Vol. 21 (2017), pp. 192-228, (pág 30 de 37).

<sup>42</sup> *Vid. Ibidem*, pág. 32 de 37. La autora considera que a los licitadores sólo se les podría dar la opción de elegir cuando las consideraciones respecto de los lotes fueran objetivamente iguales para todos ellos.

<sup>43</sup> Resolución n.º 798/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 14 de septiembre de 2018, pág. 10, (Recurso n.º 632/2018 C.A. Illes Balears 38/2018).

*El Pliego puede limitar, tras la oportuna justificación, el número de lotes de que un licitador puede ser adjudicatario, pero no está previsto en la ley que pueda excluirse la oferta económicamente más ventajosa para un lote por razones distintas de la señalada, como sería la existencia o no de escasa concurrencia. Nada en el artículo 99.4 LCSP permite la exclusión de una oferta más ventajosa para dar preferencia a otra con menor puntuación, precisamente en contra de la preferencia manifestada por el licitador que ha presentado la mejor oferta y es relegado.*

Respecto de las uniones de empresarios, las limitaciones de lotes a los que un mismo licitador puede presentar oferta, así como las limitaciones en el número de lotes adjudicables a cada licitador, se predicán, salvo lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas, de dichas uniones y no de sus componentes. Es decir, se considera candidato o licitador a la unión de empresarios en sí misma, no a sus componentes.

La LCSP introduce la opción de que el órgano de contratación reserve lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de dichos contratos en algunos programas de empleo protegido. Los porcentajes mínimos de reserva del derecho de participación en los procesos de adjudicación de dichos Centros y empresas en determinados contratos o lotes, así como la precitada reserva de ejecución, se fijan por Acuerdo del Consejo de Ministros u órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, siempre que dicho porcentaje sea el previsto en su normativa de referencia y no sea inferior al 30%.

En el mencionado Acuerdo se han de establecer también las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de la citada reserva de lotes<sup>44</sup>.

La Disposición Adicional Cuarta de la LCSP establece que el referido Acuerdo del Consejo de Ministros ha de adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la entrada en vigor de la Ley, en fecha 9 de marzo de 2018<sup>45</sup>. Dicho Acuerdo se

---

<sup>44</sup> Cuando en los procedimientos de contratación se aplique la reserva, no se aplicará la reserva definitiva que figura en el artículo 107 LCSP, salvo que el órgano de contratación lo considere necesario por motivos excepcionales y lo justifique de forma motivada en el expediente (Disposición Adicional Cuarta, apartado 3 LCSP).

<sup>45</sup> La Disposición Adicional Cuarta, apartado 1, párrafo 3 dispone que si no se hubiera adoptado dentro de ese periodo habría de aplicarse el porcentaje mínimo de reserva del 7% «que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado».

adoptó, finalmente, casi tres meses después de pasado el año desde la entrada en vigor de la Ley: *Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco 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.*

Cuando el órgano de contratación haga uso de la reserva de lotes para para Centros Especiales de Empleo, para empresas de inserción o algunos programas de empleo protegido, en el anuncio de licitación se ha de hacer mención de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP.

## **2.2.2 LA OFERTA INTEGRADORA**

El artículo 99.5 de la LCSP permite que el órgano de contratación pueda adjudicar a una oferta integradora cuando hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y permitiese que pudiera adjudicarse más de un lote al mismo licitador. Además, para que esta opción pueda tener lugar, han de cumplirse, de manera acumulativa, todos y cada uno de los requisitos que el mentado artículo, seguidamente, enuncia:

*«a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.*

*b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.*

*c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.*

*d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.»*

Mediante esta opción, el Considerando (79) de la Directiva vela por facilitar un mayor acceso a la contratación de las PYME, aun suponiendo la oferta integradora una solución poco ventajosa respecto del órgano adjudicador.

En palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, puede definirse *oferta integradora* «como aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados —según se establezca en el pliego— de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo.»<sup>46</sup>

La oferta integradora supone que el órgano adjudicador lleve a cabo una evaluación comparativa de combinaciones de ofertas presentadas por los licitadores para seleccionar aquella que mejor cumpla con los criterios de adjudicación. Los poderes adjudicadores deberían de llevar a cabo la evaluación comparativa determinando, en primer lugar, las ofertas que mejor cumplen los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote por separado y, a continuación, «comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto.» (Cdo. 79 de la Directiva).

La presentación de oferta integradora por los licitadores no es obligatoria, sino que constituye una opción que el órgano de contratación les brinda respecto de la división en lotes del objeto del contrato, siempre y cuando se den las circunstancias legales para ello. La presentación es, por tanto, potestativa para los licitadores.

Mediante esta opción, al órgano de contratación se le plantean ofertas alternativas que pueden ser más ventajosas que las que figurasen originariamente en el pliego. De esta forma, se crea un vínculo recíprocamente beneficioso entre el órgano de contratación y los licitadores que libremente deciden presentarse a la oferta integradora, fomentando la competencia y libre concurrencia de las pequeñas y medianas empresas, a la vez que el órgano de contratación selecciona la oferta económicamente más ventajosa<sup>47</sup>.

La oferta integradora, que solo tiene cabida a lo largo de la LCSP respecto de la división en lotes, constituye uno de los mecanismos empleados en nuestro ordenamiento jurídico

---

<sup>46</sup> Informe 11/2013, de la Comunidad Autónoma de Aragón (Asunto: Posibilidad de licitar un contrato mediante lotes y, simultáneamente, admitir la presentación de una «oferta integradora» de todos, o algunos de los lotes.), pág. 9 de 16.

<sup>47</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 9 de 16.

para enriquecer la contratación pública y que supone, al igual que las variantes (art 142 LCSP) o nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica (art 143 LCSP), una excepción al principio general que prohíbe la presentación de más de una proposición por cada licitador (art. 139.3 LCSP).

La concurrencia a la presentación de la oferta integradora conlleva, necesariamente, la presentación de oferta individualizada respecto de cada uno de los lotes conformantes de la contratación. De esta forma, el órgano de contratación puede constatar, efectiva y visualmente, la conveniencia de adjudicar la oferta al conjunto de la totalidad de los lotes integrados o, de adjudicarlos por lotes individualizados.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> *Cfr.* Informe 11/2013, *Op. cit.* pág. 9 de 16.

### 3. EL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO

Caso distinto a la división en lotes es el del fraccionamiento del objeto contrato, que se vale de una falsa apariencia de legalidad adoptando la forma de una figura jurídica admitida y regulada en nuestro ordenamiento jurídico: el contrato menor. Así, el órgano de contratación fracciona el objeto del contrato para obtener varios objetos que, a su vez, constituyan contratos independientes, de tal manera que, mediante el fraccionamiento, la cuantía de cada contrato vaya disminuyendo hasta quedar por debajo del umbral de los 40.000 euros para el contrato de obras y de 15.000 para el contrato de suministros o de servicios. De este modo, esos contratos podrían licitarse a través del procedimiento propio de la contratación menor, eludiendo así la aplicación de los preceptos reguladores de «los procedimientos abiertos o negociados o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea»<sup>49</sup>.

Es decir, lo que el fraccionamiento del objeto del contrato pretende es esquivar los requisitos más angostos de la licitación por procedimientos más desarrollados, aplicables en función del valor estimado del contrato. Ello es debido a que la contratación menor comporta, en el marco de nuestro sistema jurídico, una simplificación y agilización procedimentales eficientes tendentes a cubrir, casi de forma inmediata, necesidades de escasa cuantía que surjan en cada caso, y dicha agilización la procuran prescindiendo de principios que son fundamentales en el ámbito de la contratación de carácter general, como lo son la concurrencia, la publicidad o la libre competencia. Por eso, la contratación menor ha de estar sometida a control, para procurar así que el contrato menor se cree para lo que es y no para eludir tales principios fundamentales en la contratación de necesidades que, por su cuantía y peso, merezcan ser tratadas por procedimientos más detallados y garantistas.

El contrato menor no es, realmente, un tipo de contrato, sino un tipo de procedimiento específico por el que se crean determinados tipos de contratos según el valor estimado establecido en la Ley. Por eso, esas previsiones se encuentran reguladas en los preceptos destinados a la regulación del expediente de contratación<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Informe núm. 69/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

<sup>50</sup> FUERTES LÓPEZ, F.J., “La configuración actual de los contratos menores”, FUERTES LÓPEZ, F.J., PALOMAR OLMEDA, A. (Director), SANTACANA, J.M, SURIBANA DE LA CRUZ, S., VÁZQUEZ GARRANZO, J., *Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi S.A.U, Navarra (2019), pág. 18.

No hay que olvidar que es la entidad del sector público correspondiente la que, a través de un procedimiento falto de publicidad suficiente pero ágil, invita a presentar ofertas a los operadores económicos que considere; que es la que crea el contrato; la que delimita la necesidad y le da forma jurídica. Por tanto, esta rapidez por falta de requisitos procedimentales, considerados innecesarios por estar destinada esta contratación a necesidades de escasa cuantía y, dicho desde el punto de vista contractual, en cierta manera irrelevantes, no pueden ser cauce para contratos de mayor trascendencia.

Por eso, mediante la nueva LCSP se insertan medidas tendentes a la protección de los valores y congruencia jurídica inherentes a la contratación pública. Como se verá a lo largo de este capítulo, las normas introducidas a este fin han de interpretarse de manera conjunta y teleológica y, todo parte de la *prohibición del fraccionamiento de 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*, consagrada en el artículo 99.2 LCSP.

### **3.1 LA VERTIENTE OBJETIVA DEL FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO**

Como ya se establecía en el capítulo dos de este trabajo, el poder discrecional del órgano de contratación se encuentra principalmente limitado por la prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato; cuestión esta que ha de ser abordada partiendo del artículo 99.2 LCSP, que recoge la prohibición del fraccionamiento del contrato en las siguientes condiciones:

*Artículo 99.2 LCSP: 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 tenor literal de este precepto parece dejar caer el peso de la prohibición sobre la vertiente de la cuantía económica del contrato, al vincular la prohibición del fraccionamiento de forma directa y expresa con la obtención de una única finalidad: la disminución la cuantía del contrato para que pueda encauzarse por el procedimiento del contrato menor.

Por eso, el artículo 101.4 LCSP se pronuncia al respecto y establece que *la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan.*

Sin embargo, el fraccionamiento del valor estimado del contrato conlleva el fraccionamiento de prestaciones o partes de prestaciones que, por la dependencia o vinculación de unas con otras, deberían formar parte de la misma unidad funcional, económica o técnica, al no ser susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado. Es decir, los objetos de esos contratos ilegales están incompletos.

Por el contrario, no habrá fraccionamiento del contrato en el caso de que existan distintos objetos no vinculados entre sí por una unidad operativa o funcional, a pesar de que puedan guardar entre sí alguna otra relación. O, dicho de otro modo, el punto de partida para determinar si existe la posibilidad de contratar o no separadamente prestaciones que guardan alguna relación entre sí es determinar si forman parte de una misma unidad funcional; «es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.»<sup>51</sup>. De no serlo, no existiría fraccionamiento.

Aparece, entonces, otra característica que ha de reunir todo contrato: *la independencia*, pues tal y como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, «aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí, no hay razón para [considerar que exista un fraccionamiento del objeto del contrato]», es decir, si la Ley admite que prestaciones o partes de éstas puedan ser tratadas separadamente mediante la figura de la división en lotes, con más razón pueden contratarse separadamente objetos que ni siquiera conforman una unidad<sup>52</sup>.

La determinación de la existencia del fraccionamiento del objeto del contrato varía dependiendo del caso que se trate, pues la casuística de cada contrato es distinta y, si bien puede ayudar el uso de criterios generales para el esclarecimiento de esta cuestión hay que tener presente que éstos no son infalibles ni operan del mismo modo en cada supuesto. Además, es muy importante incidir en que es el propio órgano de contratación quien

---

<sup>51</sup> Informe 69/08 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, pág. 3, punto 3.

<sup>52</sup> Informe 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta de Contratación Administrativa Estatal, Consideración Jurídica Cuarta.

determinará si entre los contratos separados confluye una unidad sustancial que implique la exigencia del tratamiento conjunto de las prestaciones.

Una vez dicho esto, podría simplificarse el proceso de la verificación del objeto fraccionado comenzando el análisis a partir de la determinación de la concurrencia del criterio del *contrato único*, partiendo de la base del concepto doctrinal de *contrato* como institución jurídica; concretamente, de sus elementos constitutivos: sujeto, objeto y causa. De este modo, el contrato sería único cuando hubiera coincidencia entre dichos elementos, «es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad [hubiera] de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa.»<sup>53</sup> . Sin embargo, en el momento en que tan solo uno de los elementos variase, habría de formalizarse un contrato separado para la correcta ejecución de la prestación.

Respecto del sujeto del contrato, conviene destacar que «para la determinación de si existe o no fraccionamiento del objeto del contrato es irrelevante la existencia o no de vinculaciones accionariales o de otra índole entre los adjudicatarios de los contratos.»<sup>54</sup> .

Sin embargo, de los tres elementos configuradores del contrato, la causa es la que plantea la mayor de las dificultades a la hora de dilucidar cuándo unas mismas prestaciones contratadas con las mismas personas han de ser objeto del mismo o de distinto contrato.

La causa es la «finalidad que las partes persiguen con el contrato y las circunstancias que motivan que éstas tengan necesidad de la prestación que constituye el objeto contractual»<sup>55</sup>, con lo que tiene especial incidencia sobre uno de los casos en los que no existe fraccionamiento del objeto del contrato, que es el volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva no previsible en el momento de realizar el primer contrato<sup>56</sup>. Según justifica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, la causa es distinta y eso es lo que determina que se trate de dos contratos distintos. Por eso, esclarece mucho esta cuestión la introducción por la nueva LCSP de la exigencia del informe del órgano de contratación

---

<sup>53</sup> Informe 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, sobre aspectos relativos a la cuantificación del importe de determinados contratos de suministros y servicios a efectos de su consideración como contratos menores, págs. 1 y 2.

<sup>54</sup> Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, Conclusión Cuarta.

<sup>55</sup> *Cfr.*, Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva... *ibidem.*, pág.2.

<sup>56</sup> *Cfr.*, *op cit.* pág.2.

motivando la necesidad del contrato en el «expediente de contratación en contratos menores»<sup>57</sup>. Dicha reforma ampliatoria dota de garantía el uso legal del contrato menor mediante un mayor conocimiento de las circunstancias que originan el nacimiento del contrato (causa), su amplitud, y la consiguiente conveniencia del uso de esta figura<sup>58</sup>.

Sin embargo, conviene incidir en que la prohibición de semejante conducta defraudatoria se mantiene en cualquier momento de la contratación.

### **3.2 EL ÁNIMO DEFRAUDATORIO, ¿ELEMENTO ESENCIAL DEL FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO?**

El ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE se establece en virtud del valor estimado del contrato. Así, la Directiva 2014/24/UE será de aplicación en los casos en los que el valor estimado de la contratación, IVA excluido, sea igual o superior a los umbrales recogidos en el artículo 4 de dicha norma<sup>59</sup>.

En su artículo 5.3, la citada Directiva establece que «La elección del método para calcular el valor estimado de una contratación no se efectuará con la intención de excluir esta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas.».

---

<sup>57</sup> El antiguo artículo 111 del TRLCSP 2011 establecía que «(...) la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.»

<sup>58</sup> Informe 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias sobre aspectos relativos a la cuantificación del importe de determinados contratos de suministros y servicios a efectos de su consideración como contratos menores, pág.2.

<sup>59</sup> Art 4 de la Directiva 2014/24 UE:

«a) 5 186 000 EUR, en los contratos públicos de obras;

b) 134 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;

c) 207 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el anexo III;

d) 750 000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.».

Por su parte, la legislación nacional española recoge en el artículo 99.2 LCSP 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».

Desde el punto de vista literal, los dos preceptos recogen el mismo significado: no se puede llevar a cabo una disminución artificial del valor del contrato para evitar procedimientos más desarrollados desde el punto de vista de la publicidad, transparencia o concurrencia, entre otros. Ambos artículos recogen un elemento subjetivo; el de la intencionalidad de la elusión de la legalidad aplicable al procedimiento de licitación y adjudicación de contratos “mayores”.

Sin embargo, el autor VÁZQUEZ GARRANZO, J., afirma que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus razonamientos jurídicos analiza los supuestos de fraccionamiento desde una perspectiva objetiva y haciendo abstracción de las intenciones concretas del órgano de contratación<sup>60</sup>. Cita varias sentencias del mentado Tribunal, y también deja constancia de que muchos informes de diversas Juntas Consultivas de Contratación Administrativas encauzan sus razonamientos también de manera puramente objetiva.

Así, el Consejo de Andalucía ha manifestado a lo largo de sus informes de que «la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad, pues con ella no se persigue penalizar ninguna conducta»<sup>61</sup>.

Sin embargo, no hay que perder de vista que, si se quitase, hipotéticamente, ese elemento subjetivo (la intencionalidad), la fragmentación del objeto del contrato se predicaría de todos aquellos contratos menores fruto de un fraccionamiento puramente objetivo, como el que en el epígrafe anterior se ha descrito. Pero de la redacción del artículo 99.2 LCSP parece que se pide algo más, aparte de la vertiente objetiva; una vertiente subjetiva, una intencionalidad por parte del órgano de contratación de querer eludir el procedimiento general. Yo entiendo que parte de la doctrina interpreta el precepto en el sentido de que

---

<sup>60</sup> Vid. VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Monografías. Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Aranzadi, S.A.U.*, enero de 2019, pág. 28 de 83.

<sup>61</sup> Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva del Gobierno de Andalucía sobre diversas cuestiones relativas al fraccionamiento de los contratos, pág. 5.

su redacción busca dejar claro que el fraccionamiento realizado por el órgano de contratación ha de hacerse “a posta”; es decir, que no sea fruto del desconocimiento por parte del órgano de la naturaleza y morfología de las prestaciones. Sí que es cierto que el órgano de contratación goza de poder discrecional para la configuración de los contratos, pero ello no le exime de configurar los contratos conforme a las normas objetivas.

Pero ¿cómo se sabe cuándo el órgano tiene intención de eludir los requisitos generales de la contratación? Yo creo que por la motivación que dé en el expediente de contratación, que el legislador exige en el artículo 118.3 LCSP (y que en posteriores epígrafes se estudiará): *En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación (...).*

Las normas de la LCSP hay que interpretarlas mediante su interrelación y yo creo que el artículo 99.2 LCSP pretende salvaguardar el uso del procedimiento menor para la creación de contratos queriendo decir: “hay fraccionamiento (ilegal) cuando la justificación del uso del procedimiento del contrato menor sea errónea o insuficiente”. Con lo cual, dependiendo de los casos en que se trate puede haber o no un ánimo defraudatorio; ánimo que no siempre es evidente y demostrable. Así mi opinión respecto al ánimo es la siguiente: siempre que haya voluntad de elusión del procedimiento general hay fraccionamiento, pero no siempre que haya fraccionamiento se ha de dar la voluntad de esa elusión. Y me parece que esta ha de ser la interpretación que se le dé, porque el hecho de que las normas administrativas basen la existencia del fraccionamiento del contrato necesaria y exclusivamente en una intencionalidad, aparte de ineficaz, me parece que invade la jurisdicción penal, pues es en la prevaricación donde el Derecho penal interviene (superando el principio de intervención mínima) contemplando, principalmente, la intencionalidad del órgano de contratación.

### **3.3 LAS CAUTELAS DEL LEGISLADOR EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO MENOR**

Consecuencia del afluente uso indebido del contrato menor, la nueva LCSP introduce modificaciones para tratar de encauzar el correcto uso de dicho contrato. Las principales novedades se encuentran, mayormente, en la regulación expediente de contratación y en las consecuencias jurídicas de su uso fraudulento.

El contrato menor representa la contratación directa singularizada, en la que la concurrencia no es un principio exigible en la selección del contratista<sup>62</sup>.

### **3.3.1 LA DISMINUCIÓN DEL UMBRAL DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO MENOR**

La primera medida a destacar es la de la disminución de la cuantía del límite de aplicación del contrato menor. Así, en la anterior regulación el límite del umbral para la aplicación del contrato menor era de 50.000 euros para el contrato de obras y de 18.000 euros para los contratos de suministros y de servicios. Mediante la nueva LCSP el legislador rebaja esos umbrales de tal manera que el contrato menor sólo podrá emplearse para aquellas obras cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros y para aquellos contratos de suministros o de servicios de valor estimado inferior a 15.000 euros.

Mediante esta medida, el legislador trata de dificultar el desapercibimiento del fraccionamiento del objeto del contrato puesto que, para disminuir la cuantía del mismo, en algunos casos, se deberá de fraccionar aún más el objeto del contrato, de tal manera que esa anomalía sea manifiesta por la notoria disfuncionalidad de las unidades funcionales, económicas u operativas que ese fraccionamiento de más supondría.

Sin embargo, más que por la cuantía, el fraude de ley en el contrato menor se da por el procedimiento. En este procedimiento más simplificado es difícil procurar una transparencia plena, ya que este cauce está creado como un mecanismo del que la Administración contratante dispone para cubrir necesidades de poca relevancia tanto económica como sustantiva de forma casi inmediata. Así, la publicidad y la concurrencia en este contrato no tienen cabida. Por lo tanto, la novedad introducida por la Ley respecto de este punto es, como ya se verá, la publicación por lo menos trimestral de los contratos menores que la Administración celebre.

---

<sup>62</sup> Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “Interpretación del artículo 118.3 LCSP”, pág. 3.

### 3.3.2 LA JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD Y DE LA LEGALIDAD DEL USO DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO MENOR

En la contratación llevada a cabo por las Administraciones Públicas, la celebración de contratos requiere la previa tramitación del expediente que motive la necesidad de la contratación y que se encuentre configurado conforme a los requisitos del artículo 28 de la LCSP. El mismo ha de referirse a la totalidad del objeto del contrato y se publicará en el perfil del contratante (art 116 LCSP).

Dice el Informe 31/05 del 29 de junio de 2005 que por expediente de contratación se entiende «el conjunto de actuaciones a través de las cuales la Administración forma su voluntad contractual mediante la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos.»<sup>63</sup>. Sin embargo, continúa, lo esencial del expediente de contratación es «el acto del órgano de contratación por la que se aprueba el mismo y se autoriza el gasto necesario»<sup>64</sup>. Las cuestiones configuradoras del expediente de contratación revisten distinta naturaleza. Así, podrían distinguirse tres vertientes: una vertiente financiera, una vertiente administrativa y una vertiente técnica<sup>65</sup>.

La vertiente administrativa se corresponde con el *iter* procedimental de la contratación y se esquematiza en las siguientes fases: I) Fase de aprobación del expediente de contratación; II) Fase de adjudicación: i) Licitación. ii) Selección del adjudicatario. iii) Aprobación de la adjudicación. iv) Fase de Formalización; y III) Fase de ejecución y cumplimiento o resolución del contrato.

Sin embargo, en la contratación menor, estas fases se reducen a dos: I) Fase de aprobación y adjudicación del expediente de contratación; y II) Fase de ejecución y comprobación del cumplimiento del contrato<sup>66</sup>.

Esta drástica simplificación de procedimientos genera que la LCSP haya instaurado nuevos requisitos tendentes a prevenir el uso fraudulento de este cauce procedimental menos depurado de producción de contratos.

---

<sup>63</sup> Informe 31/05, de 29 de junio de 2005. “Inicio del expediente de contratación” de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, consideración jurídica núm. 2.

<sup>64</sup> *Vid. Ibidem*, consideración jurídica núm. 4.

<sup>65</sup> *Vid. SANTACANA, J.M.*, “Procedimientos y publicidad de los contratos menores.”, *Monografías. Contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi, S.A.U, enero de 2019, epígrafe 1, introducción. El autor hace referencia a otro autor, Pascual García.

<sup>66</sup> *Vid. Ibidem*, epígrafe 1, introducción.

Así, como se decía, el primer paso que el órgano de contratación ha de dar es el de redactar, como en el caso de los contratos que sigan procedimientos más elaborados, una memoria justificativa de la necesidad de creación del contrato. Este informe ha de ir firmado por el titular del órgano de contratación, salvo delegación de competencia en los términos legalmente establecidos. El informe de necesidad, que tener un contenido propio y sustantivo, no puede sustituirse en ningún caso por el acuerdo de inicio, al ser cuestiones éstas diferentes<sup>67</sup>.

A continuación, el órgano de contratación ha de elaborar y aprobar el gasto de la ejecución del contrato. En lo que respecta al procedimiento de contratación menor de obras, el artículo 118.2 LCSP establece que, además, debe de añadirse al expediente de contratación el presupuesto de las obras. Este presupuesto se identifica con el presupuesto base de licitación, al no diferir y no constar reglas especiales del contrato menor en cuanto este aspecto, del resto de contratos de obras<sup>68</sup>. Todo ello sin perjuicio de que, cuando las normas específicas así lo establezcan, el órgano de contratación aporte el proyecto. Además, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, el órgano de contratación ha de solicitar, asimismo, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos.

Tras la expedición de los consiguientes documentos contables, se elaborará la propuesta de aprobación del expediente de contratación que llevará implícita la aprobación del compromiso del gasto.

El valor estimado de los contratos, por lo general, viene determinado por el precio del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, salvo en el caso de los contratos menores de obras que, como se dijo con anterioridad, coinciden con el presupuesto base de licitación. En el caso de contratos menores que no tengan por objeto una obra, el presupuesto del contrato puede incluirse como un apartado de propuesta de aprobación del gasto<sup>69</sup>.

En el expediente de contratación han de constar los puntos que establece el artículo 116 de la LCSP.

---

<sup>67</sup> Expediente 42/17 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, pág. 8.

<sup>68</sup> Vid. SANTACANA, J.M., *op. cit.*, pág. 3 de 24.

<sup>69</sup> Vid. SANTACANA, J. M., *op. Cit.*, pág. 10 de 24.

Después de que las empresas hubieran presentado sus ofertas, solicitadas mediante invitación del órgano de contratación, éste deberá de justificar que, como dispone el artículo 118.3 LCSP, el uso del contrato menor no es resultado de haber alterado, previamente, el objeto del contrato para evitar la publicidad y concurrencia propias de las reglas generales de contratación. Así, el órgano de contratación ha de justificar adecuadamente «que el objeto contractual es cualitativamente distinto al de otros que hayan sido perfeccionados anteriormente con el mismo operador económico, o bien que no constituyen unidad funcional.»<sup>70</sup>.

### **3.3.3 LA JUSTIFICACIÓN DE LA NO SUSCRIPCIÓN POR EL CONTRATISTA DE MÁS CONTRATOS MENORES QUE NO SUPEREN EL UMBRAL**

Además, ha de justificar que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra de 40.000 euros para el contrato de obras o 15.000 euros para el contrato de suministros o servicios. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a). 2.º.

La literalidad del precepto origina dudas en su interpretación. El artículo 118.3 LCSP dispone lo siguiente:

*3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a). 2.º.*

Concretamente “*que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*” parece sugerir que una vez que un contratista realiza un contrato menor, éste ya no podría llevar a cabo otro contrato menor una vez la cuantía del contrato o contratos desarrollados hubieran superado los umbrales del artículo 118.1 LCSP.

---

<sup>70</sup> Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Asunto: Contratos menores, regulación en Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

La Ley no dice nada más. No especifica si esta imperatividad está sujeta a plazo o depende del tipo de contrato de que se trate. Respecto a este punto y, concretamente, respecto a la cerrada que es esta afirmación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronuncia en varios de sus informes<sup>71</sup> y afirma que la conclusión que supone la interpretación literal de dicha parte del artículo 118.3 LCSP «representa un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del propio principio de concurrencia, produciendo un resultado completamente irregular.»<sup>72</sup>. La Junta matiza esta afirmación, pues si bien es sabido que en el procedimiento de la contratación menor la concurrencia no constituye un principio general exigible, la concurrencia a largo plazo entendida respecto de la opción a desarrollar futuros contratos menores se ve, mediante la tajante afirmación del precepto, totalmente frustrada «al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado uno anteriormente y superen el umbral legal.»<sup>73</sup>.

Por eso, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, mediante la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil, realiza una interpretación de dichas condiciones como cumulativas y conectadas con una única finalidad común; finalidad que se corresponde con la de no defraudar los umbrales establecidos en el artículo 118.1 LCSP del contrato menor. Mediante la siguiente interpretación, la Junta asegura el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 y evita el uso del contrato sucesivo como instrumento para eludir la prohibición de fraccionar «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.» (art 99.2 LCSP) asegurando, a su vez el correcto uso en los casos en que proceda del contrato sucesivo menor. Dicha interpretación del artículo 118.3 LCSP asegura la ejecución de contratos sucesivos menores: «cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.»<sup>74</sup>

De esta forma, se pueden apreciar individualmente los elementos funcionales que conforman el objeto del contrato y comprobar si, efectivamente, se encuentran o no

---

<sup>71</sup> Informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018, entre otros.

<sup>72</sup> Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “Interpretación del artículo 118.3 LCSP”, pág. 3.

<sup>73</sup> *Cfr. Ibidem*, pág. 4.

<sup>74</sup> Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, *op. cit.*, pág.4.

desgajados sustantivamente entre sí cuando, en su conjunto, constituyan una unidad funcional. Para dicho órgano consultivo resulta evidente que, cuando la LCSP se refiere en el precepto objeto de análisis a la exigencia de que el contratista no hubiera suscrito contratos menores anteriores con el órgano de contratación de que se trate que superasen los 40.000 euros para el contrato de obras y los 15.000 para el de suministro o servicios, está velando porque no se burle dicho límite económico y, consecuentemente, se evite la tramitación de un contrato que requiera de concurrencia de licitadores y publicidad.

Pero, llegado a este punto, la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado da un giro para incluir, dentro del análisis del sentido de lo contemplado por el artículo 118.3 LCSP, lo dispuesto en el artículo 101.6 LCSP relativo a la regulación del cálculo del valor estimado de un órgano de contratación compuesto por unidades funcionales separadas<sup>75</sup>.

El artículo 101.6 párr. 1 dispone que: *Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.*

Por este motivo, la citada Junta entiende que, lo que el legislador quiere transmitir mediante este entramado de artículos, aparte de ser la interpretación conjunta de la propia la LCSP, es que la norma no impide que se celebren otros contratos menores por un mismo contratista, sino que la conducta prohibida que debería por tanto ser objeto de suficiente justificación, «consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.»<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup>Artículo 101.6 LCSP: «Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales. No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.»

<sup>76</sup> Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, *op. cit.*, pág. 6.

Para cerrar la interpretación de la LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, manifiesta, respecto del límite temporal no especificado de forma alguna en el artículo 118.3 LCSP, que la condición de justificación de que el contratista no hubiera suscrito más contratos menores que individualmente o de manera conjunta superen el umbral de los contratos menores con el órgano de contratación tiene un límite temporal de un año. Por lo que, si transcurrido un año desde la formalización del último contrato menor por el órgano de contratación con un determinado operador económico, dicho órgano no tendrá que justificar en el siguiente contrato menor que suscriba con el mismo operador económico de hace un año la exigencia de no haber suscrito más contratos menores con él que puedan superar los límites de la contratación menor.

Por el contrario, si el órgano de contratación suscribe un segundo contrato menor con el mismo operador económico dentro del mismo periodo de un año, deberá de justificar que las cuantías de los contratos menores suscritos entre las mismas partes contratantes no superan, en conjunto, los ya referidos 40.000 euros o 15.000 euros y que mediante las suscripción de ese nuevo contrato el órgano de contratación no está tratando de eludir las normas propias de los procedimientos generales de la contratación mediante el fraccionamiento de necesidades.

Así, ese periodo de un año se correspondería con el de la duración del contrato menor establecida en el artículo 29.8 LCSP, por lo que el plazo de suscripción de un nuevo contrato menor con el mismo operador económico se iniciará desde el momento de la aprobación del gasto aludida en el artículo 118 LCSP<sup>77</sup>.

Respecto de la comprobación de esa regla, la norma tampoco dice nada al respecto. Sin embargo, se trata de una comprobación *ex ante* y un control *ex post* y, a pesar de no contemplar la Ley la constancia de tal comprobación es recomendable que tal comprobación conste documentalmente, sin que se encuentre tal control sometido a requisito formal alguno<sup>78</sup>.

Después de haber cumplido con los requisitos del artículo 118.3 LCSP, se aprobará el expediente que supondrá, como anteriormente se referenció, tanto la aprobación de la elaboración del contrato como el compromiso del gasto.

---

<sup>77</sup> Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>78</sup> Expediente 42/17 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, pág. 8.

La exigencia de la incorporación de la factura a la aprobación del gasto (art 118.1.2 LCSP) se da en la fase de comprobación del cumplimiento del contrato, y deriva de la *obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos* establecida en la disposición Adicional Trigésimo-segunda de la LCSP<sup>79</sup>. Ello es debido a que, en cuanto la empresa adjudicataria presente la factura «nace la obligación de pago para la Administración.»<sup>80</sup>

### 3.3.4 LA PUBLICACIÓN TRIMESTRAL DE LOS CONTRATOS MENORES

El artículo 118.4 LCSP establece que los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4 de dicha ley, el cual dispone que la información relativa a los contratos menores debe realizarse, por lo menos, trimestralmente y de los siguientes campos: «su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.». Si el sistema de pago empleado por el poder adjudicador fuese el de caja fija o sistema similar para realizar pagos menores. y el valor estimado del contrato fuese inferior a 5.000 euros, éste quedará exceptuado de la publicación establecida en el artículo 63.4 LCSP.

Tal y como dispone el artículo 29.8, «los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.». Sin embargo, hay que tener presente que pueden tener una duración plurianual desde el punto de vista presupuestario.

---

<sup>79</sup> El artículo 72 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece los requisitos que ha de reunir dicha factura: a) Número y, en su caso, serie. La numeración de las facturas será correlativa.

b) Nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor.

c) Órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal.

d) Descripción del objeto del contrato, con expresión del servicio a que vaya destinado.

e) Precio del contrato.

f) Lugar y fecha de su emisión.

g) Firma del funcionario que acredite la recepción.

<sup>80</sup> Vid. SANTACANA, J. M., *op. cit.*, pág. 19 de 24.

## **3.4 CUESTIONES RELATIVAS A LAS FIGURAS TIPO DEL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO**

### **3.4.1 LA MULTIPLICIDAD DE CONTRATOS MENORES PARA UNA ÚNICA NECESIDAD**

Considero que el análisis de este tipo de contratos se ve clarísimamente mediante la siguiente consulta formulada por el Ayuntamiento de Serrejón a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Como la Junta dice en la totalidad de sus informes, no es competencia de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado el pronunciarse sobre un caso concreto y determinado, pero parece que dicho órgano no considera que exista fraccionamiento del contrato en el caso de que el Ayuntamiento optase por la contratación separada de las prestaciones. Así, si bien parece que este ejemplo cumple con la legalidad vigente, el planteamiento que la Junta desarrolla hasta llegar a una conclusión me parece muy ilustrador a la hora de determinar si se está o no ante un fraccionamiento que tenga por objeto la creación de varios contratos menores para satisfacer una única necesidad.

El Ayuntamiento organiza cada año las fiestas populares que están integradas por distintas prestaciones: espectáculos taurinos, espectáculos ecuestres, pasacalles, juegos infantiles (castillos hinchables, paseo en tren, etc.), orquestas de música variada, servicio de catering, alquiler de carpa... etc.

Bien, pues de acuerdo con el planteamiento de cuándo existe o no fraccionamiento; esto es, cuando las diversas partes de la prestación que se contraten separadamente no sean aprovechables o utilizables por separado, al constituir una unidad operativa entre ellas, y cuando los diversos objetos no estén vinculados entre sí por la referida unidad funcional, respectivamente, el Ayuntamiento considera que cada una de las prestaciones de los festejos (pasacalles, espectáculos, puestos de comida...) son unidad funcional y no las fiestas patronales en su conjunto. Consecuentemente, cada prestación, cada unidad operativa o funcional no es inseparable ni imprescindible para la celebración de las fiestas. Con lo cual, cada prestación podría contratarse por procedimientos independientes. Sin embargo, el Ayuntamiento también considera que las fiestas patronales podrían contratarse, en su totalidad, mediante un único contrato, previendo la realización independiente de cada una de ellas mediante la división en lotes.

Frente a esta dualidad de opciones, la Junta responde que no es voluntad de la Ley agrupar de forma artificial diversas prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino evitar el fraude de Ley. Así, esta afirmación no ha de «interpretarse como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones similares si entre ellas no existe un vínculo operativo real y es perfectamente posible contratarlas por separado o, incluso, su explotación en forma independiente.»<sup>81</sup>. También afirma que en varios de sus informes (31/12 y 1/09) que, «aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes, si son independientes entre sí, no hay razón para considerar imposible su tramitación separada»<sup>82</sup>.

Para concluir, la Junta acude a la naturaleza del objeto, la cual ha de permitir la contratación por separado de diversas prestaciones para justificar la no concurrencia de fraccionamiento indebido.

### **3.4.2 LOS CONTRATOS SUCESIVOS**

«Uno de los tipos más frecuentes de fraccionamiento irregular se produce en los contratos sucesivos, contratos que se renuevan periódicamente con el mismo o similar objeto y con el mismo proveedor.»<sup>83</sup>

La forma propia del fraccionamiento del contrato no solo comprende la creación de varios expedientes inferiores a los umbrales marcados para la aplicación del contrato menor en aras a la satisfacción de una necesidad que tendría que configurarse en un contrato único, sino también la contratación sucesiva en forma de contrato menor de necesidades permanentes, previsibles y recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato; ambos casos, siempre y cuando se fraccione el contrato para disminuir la cuantía del mismo y, consecuentemente, los requisitos propios de los procedimientos de contratos de cuantía superior a los umbrales establecidos para el empleo del contrato menor.

Así, el fraccionamiento del objeto del contrato también se lleva a cabo jugando con la duración del mismo. La duración máxima del contrato menor es de un año sin que quepa

---

<sup>81</sup> Expediente 72/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Materia: Fraccionamiento del contrato, pág. 6.

<sup>82</sup> *Cfr. Ibidem.*, pág. 6.

<sup>83</sup> VÁZQUEZ GARRANZO, J., “El concepto de fraccionamiento del objeto del contrato en la jurisprudencia y la doctrina de órganos de control”, *Monografías. Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2019, pág. 34.

opción alguna de prórroga (art 29.8 LCSP). A la hora de aplicar la figura del contrato menor de forma fraudulenta, el órgano de contratación fija periodos muy cortos, de un año máximo, para prestaciones que, de antemano, ya se sabe que se necesita que sean de mucha más duración. Así, el hecho de que el órgano de contratación contrate sucesiva y reiteradamente prestaciones con el mismo objeto y finalidad constituye uno de los supuestos más típicos de contrato celebrado en fraude de ley por vulneración del artículo 99.2 LCSP. De esta forma, se está limitando el importe del contrato, cuya duración debería de ser muy superior a un año, al importe de un año, como máximo, «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.» (art 99.2 LCSP).

Así ocurrió con el caso del Ayuntamiento de Almassora, que dirigió consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado<sup>84</sup> preguntando si podía utilizarse la figura del contrato menor para contratar anualmente el suministro del servicio de telefonía del Ayuntamiento. Los servicios técnicos de dicho Consistorio llegaron a la conclusión de que sería más económica la contratación por un año en vez de por varios años, debido a que los precios del servicio de telefonía suelen bajar cada año y, muy frecuentemente, incorporan nuevas tecnologías que mejoran la telefonía. El Ayuntamiento dice también que el valor estimado de este concreto servicio es inferior a 15.000 euros por año. Finalmente concluye que este contrato se llevaría sucesivamente en el tiempo, es decir, cada año se crearía un nuevo.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, basando la fundamentación de su razonamiento en una interpretación integradora y finalista de los artículos 99.2 (prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato), 118.3 (justificación en el expediente de contratación de no alteración del objeto del contrato para poder hacer uso del procedimiento del contrato menor) y 101.4 (prohibición de elección del método del cálculo del valor estimado con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan) LCSP, concluye que «no cabe alterar artificiosamente el objeto o la duración del contrato con el fin de acceder a un procedimiento que no cabría en una interpretación lógica del contrato en su conjunto.»<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Expediente 73/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

<sup>85</sup> Cfr. *Ibidem*, pág.3.

Y añade que esa es la doctrina que la Junta recoge en sus informes cuando sus informes recuerdan que en estos casos «la forma habitual de fraude consiste en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico»<sup>86</sup>.

Sin embargo, es el órgano de contratación el que ha de pronunciarse acerca del tratamiento unitario de las diversas prestaciones, también temporalmente.

Resume perfectamente la contrariedad a Derecho de los contratos menores la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares cuando dispone lo siguiente:

*Ciertamente, en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto — o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aún así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento. En otros casos, el contrato menor podría considerarse ajustado a Derecho, pese a que es aconsejable cumplir, más allá de lo que exige la Ley, los principios de publicidad y concurrencia.*<sup>87</sup>.

Para ser consciente del carácter permanente de las necesidades a satisfacer es esencial, claro está, que en la actividad del órgano de contratación hayan imperado los principios y obligaciones de programación y buena gestión.

---

<sup>86</sup> Cfr. *Op. cit.*, Expediente 73/18, pág. 4.

<sup>87</sup> Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares. Contratos menores. Principios generales de la contratación. Fraccionamiento del objeto de un contrato, pág. 9.

### **3.4.3 LOS VACÍOS DE CONTRATACIÓN Y LA EXCEPCIONALIDAD DEL CONTRATO PUENTE: LA PRIMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SUBYACENTE**

En ocasiones, acontecen los “vacíos de contratación”. Esta circunstancia supone que al vencimiento de un contrato aún no se hubiera formalizado el siguiente que garantice la continuidad de la prestación, viéndose su disfrute repentinamente interrumpido. Esta circunstancia es, o debería ser, muy poco usual porque el artículo 28.4 LCSP ya recoge las obligaciones de las entidades del sector público en cuanto a la planificación y programación de su actividad de contratación<sup>88</sup>; con lo que las entidades públicas deben de tener perfectamente configurado su plan de contratación de antemano. Sin embargo, en ocasiones los vacíos en la contratación acontecen y el ordenamiento jurídico prevé expresamente solución para un caso concreto en el que concurran dos requisitos: el caso de que en el proceso de adjudicación hubieran tenido lugar 1) acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y que, además, 2) existieran razones de interés público para no interrumpir la prestación.

Esta solución es la de la prórroga del contrato originario hasta el comienzo de la ejecución del nuevo. Se encuentra regulada en el artículo 29.4 LCSP y se aplica en los casos en los que no se hubiera formalizado un nuevo contrato debido a incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación. Para la aplicación de lo dispuesto en este artículo tienen que existir, además, razones de interés público para no interrumpir la prestación. La duración de la prórroga del contrato originario es hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, pero no puede exceder del máximo de 9 meses. No se modificarán las condiciones restantes del contrato originario y, para que esta prórroga se adopte, el anuncio de licitación del nuevo contrato tiene que haberse publicado con una antelación de, por lo menos, 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

Pero ¿qué ocurre en aquellas ocasiones en las que se den vacíos de contratación sin que concurran los requisitos de la prórroga del contrato?

---

<sup>88</sup> Art 28.4 LCSP: «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.».

Si no concurren los requisitos de imprevisibilidad en los acontecimientos ni razones de interés público para la continuidad de la prestación, no se aplicará ninguna solución al vacío de la contratación, pues no hay motivos que justifiquen la continuidad de la prestación.

Si no hay intereses públicos que hagan necesaria una continuación de dicha prestación, a pesar de que la interrupción de la prestación hubiera traído causa de una circunstancia imprevisible durante el nuevo proceso de contratación, parece que tampoco hay motivo para aplicar una solución temporal hasta la formalización del nuevo contrato.

Sin embargo, cuando existan motivos muy fundados de continuidad del servicio por razones de interés público y no quepa la aplicación del artículo 29.4 LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado admite el uso del contrato menor sólo cuando su uso fuera imprescindible para la imprescindible continuidad de la prestación<sup>89</sup>. La excepcional aceptación del uso de un procedimiento más sencillo tiene su fundamentación en la continuidad de una prestación que sea absolutamente necesaria. Se trata de supuestos en los que el órgano de contratación utiliza herramientas jurídicas más ágiles y resolutivas que las que legalmente correspondería aplicar, para paliar situaciones que ponen en grave riesgo el interés público; suponiendo su no aplicación un gran perjuicio a los derechos e intereses de los beneficiarios de tales prestaciones.

El procedimiento del contrato menor para la continuidad de la prestación por la demanda del interés público es excepcional y sólo puede aplicarse en aquellos casos en los que no quepa la aplicación de la prórroga del contrato regulada en el artículo 29.4 LCSP.

El interés público subyacente se impone frente a las demás consideraciones jurídicas y prima sobre ellas, especialmente cuando la vigencia del contrato menor es temporal, hasta que se concluya la licitación del contrato que dé el relevo al contrato originario y que sí que se licita y adjudica por el procedimiento legalmente debido.

Además, dice la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que en estos casos en los que se aplica justificadamente la figura del contrato menor en pro del interés público subyacente, «no parece que la finalidad de la utilización de un contrato previo pueda ser la de fraccionar el objeto del contrato para burlar los umbrales o los requisitos

---

<sup>89</sup> Expediente 73/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “Materia: Fraccionamiento de contratos menores. Contratos puente.”, pág. 7.

de publicidad»<sup>90</sup>. Se ve en este informe, una vez más, la interpretación de la prohibición del fraccionamiento de objeto del contrato; una vez que se le corta de raíz el elemento subjetivo (la animosidad), la aplicación del contrato menor a supuestos que, objetivamente, no encajan dentro de su tipificación, pierde la ilegalidad. Pero ¿por qué? Yo creo que porque mediante la aplicación, llamémosla objetiva (sin intereses ocultos), del contrato menor a supuestos que, por su necesidad de “parchear” momentáneamente una situación que tendría que haber sido uniforme y continuada, demandan las cualidades de esa figura jurídica (inmediatez, practicidad, temporalidad...) no se evade un principio muy importante: la transparencia. Así, tal y como dispone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «la excepcional circunstancia de la situación deberá justificarse sólidamente en el expediente de contratación.»<sup>91</sup>.

### **3.5 LAS CONSECUENCIAS DEL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO**

No existe en el ordenamiento administrativo un cuerpo legal específico que recoja las consecuencias y responsabilidades derivadas del fraccionamiento del objeto del contrato. La dispersión y reenvío entre normas respecto de dichas consecuencias muestra una situación poco contemplada, enmarañada e incluso llega hasta al ámbito penal.

#### **3.5.1 LA NULIDAD DEL CONTRATO**

Los artículos 39 y 40 de la LCSP, que regulan los supuestos de nulidad y anulabilidad, no recogen, expresamente, el fraccionamiento de los contratos como causa o supuesto. Tal vez sea porque esta declaración de nulidad o anulabilidad tiene que venir establecida por un órgano administrativo distinto del órgano de contratación<sup>92</sup>.

Sin embargo, el fraccionamiento del objeto del contrato supone un fraude de Ley, una elusión «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» (art 47 e) de la

---

<sup>90</sup> Vid. *ibidem.*, pág. 7.

<sup>91</sup> Cfr. Expediente 73/18, *Op. cit.*, pág. 7.

<sup>92</sup> PALOMAR OLMEDA, A., “Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica de los contratos menores”, FUERTES LÓPEZ, F.J, PALOMAR OLMEDA, A. (Director), SANTACANA, J.M, SURIBANA DE LA CRUZ, S., VÁZQUEZ GARRANZO, J., *Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi S.A.U, Navarra (2019), pág. 68.

*Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, en adelante Ley 39/2015), es decir, el procedimiento de los contratos generales superiores a los umbrales del contrato menor. De esta forma, el órgano de contratación incurre en una de las “causas de nulidad de derecho administrativo” del artículo 39 de la LCSP, concretamente, las de su apartado 1, que reenvía al artículo 47 de la Ley 39/2015. Dicho precepto versa sobre la nulidad de pleno derecho. En el caso del fraccionamiento del objeto del contrato, la nulidad de pleno derecho se encauzaría por el apartado e) del citado artículo 47, que dispone que son nulos de pleno derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)».

Las consecuencias de la declaración firme de nulidad por el correspondiente órgano se encuentran recogidas en el artículo 42 de la LCSP, el cual dispone 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. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.»*. Las partes han de restituir las cosas que hubieron recibido o su valor, no solo para reestablecer a situación anterior a la creación del contrato como consecuencia de la nulidad, sino también para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

### **3.5.2 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

Las conductas elusivas de la aplicación del correcto procedimiento contractual llevadas a cabo por las autoridades y el personal al servicio de la Administración conllevan, según la Disposición Adicional vigésimo-octava de la LCSP, una responsabilidad patrimonial que se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma. Además, continúa estableciendo el segundo apartado del precitado artículo, que la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley también trae, para el personal, consecuencias en el régimen disciplinario de la Administración, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.

### 3.5.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL

PALOMAR OLMEDA, A., afirma que la inexistencia de un compendio de regulación administrativa en el ámbito de control está avocando, en los últimos tiempos, al uso de la última ratio; al uso del Derecho penal para conseguir responsabilidad. De este modo, la excepcionalidad del uso del Derecho penal como la última ratio del reproche, pierde esa esencia y pasa a ser el sistema común de control<sup>93</sup>.

Así, al no existir una regulación exclusiva del control y responsabilidades administrativas, en la vertiente penal, el encuadre de las conductas de fraccionamiento del contrato opta por el tipo genérico de determinados comportamientos penales; como son: la prevaricación (artículo 404 CP), el tráfico de influencias (artículo 429 CP) o la malversación (artículo 433 bis CP)<sup>94</sup>.

La prevaricación ha sido el tipo penal más recurrente a la hora de enjuiciar multitud de procesos penales. Esta figura penal se aplica a «la interdicción de la arbitrariedad más radical ligada (...) al conflicto de intereses o la elusión del procedimiento de forma grosera y nítida.»<sup>95</sup>. Sin embargo, el empleo de la prevaricación en el ámbito penal ha de respetar el ámbito de actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se corresponde con la legalidad administrativa, y hacer uso del principio de intervención mínima para sancionar las correspondientes conductas ilegales arbitrarias.<sup>96</sup>

El artículo 404 del Código Penal establece que: «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.» Así, si bien es verdad que el juez de lo contencioso-administrativo puede y debe enjuiciar las conductas ilegales y arbitrarias, el delito de prevaricación solo puede ser perpetrado por quienes tengan la consideración de autoridad o funcionario y, que a sabiendas de la injusticia que ello supone, tengan capacidad resolutoria o de decisión final<sup>97</sup>. Sin embargo, y atendiendo al principio de intervención mínima, parte de la

---

<sup>93</sup> PALOMAR OLMEDA, A., “Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica...”, *op. cit.*, pág. 91.

<sup>94</sup> *Vid. Ibidem*, págs. 92 y siguientes.

<sup>95</sup> *Cfr.* PALOMAR OLMEDA, A., “Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica...”, *op. cit.*, pág. 92.

<sup>96</sup> JUNCEDA MORENO, J., “Sobre los límites de la prevaricación y la ilegalidad administrativa. Enjuiciamiento de comportamientos administrativos. Nuevos criterios penales y contenciosos.”, *La Administración práctica* 8, agosto del 2015, págs. 55-62, pág. 56.

<sup>97</sup> *Vid. Ibidem*, pág. 56.

doctrina jurisprudencial, tal y como afirman PALOMAR OLMEDA, A. y JUNCEDA MORENO, J., con apoyo jurisprudencial en diversas sentencias del Tribunal Supremo, la intervención del Derecho Penal ha de darse para sancionar supuestos límite de abuso de poder del ejercicio de la función pública para dictar resoluciones arbitrarias y caprichosas, y que perjudican los intereses públicos<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> PALOMAR OLMEDA, A., “Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica...”, *op. cit.*, pág. 94. Cita expresamente un fragmento recogido por la STS de 25 de abril de 2018.  
JUNCEDA MORENO, J., “Sobre los límites de la prevaricación y la ilegalidad administrativa ...”, *loc. cit.*, pág. 57. Cita expresamente un fragmento de la STS de 24 de noviembre de 2014.

## 4. CONCLUSIONES

### I.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público reconoce, por fin, la utilidad de la división en lotes del objeto del contrato y opta, como norma general, siempre por su uso. El empleo de este mecanismo, aparte de introducir a las PYME como competidoras en el ámbito público, supone un conocimiento creciente acerca de lo que es la división en lotes, es decir, acerca de la legalidad. Por lo tanto, la ilegalidad, el fraccionamiento del objeto, irá volviéndose cada vez más evidente.

### II.

La división del objeto del contrato es discrecional, teniendo que analizar el órgano de contratación cada caso concreto para asegurarse de que no confluyen motivos que fundamenten su no división. Además, habrá de atender, por un lado, a criterios estructurales que garanticen la correcta ejecución del contrato por los diversos operadores económicos, como es la unidad funcional de las prestaciones integrantes de cada lote y, a la vez, la independencia entre los lotes y, por otro lado, la ponderación de la posible división con los principios esenciales de la contratación y la naturaleza del propio contrato.

### III.

El fraccionamiento pretende aprovecharse de la falta de publicidad y concurrencia que caracteriza la rapidez y efectividad de la contratación menor. Así, para disminuir la cuantía del contrato único, fracciona prestaciones o partes de ellas y las hace pasar por un contrato independiente, rompiendo de esta manera la unidad funcional del contrato y dificultando, con la disparidad de prestaciones consideradas fraudulentamente como independientes, la satisfacción de la necesidad que se pretendía cubrir.

#### IV.

El ánimo defraudatorio no es requisito esencial para la existencia del fraccionamiento del contrato. De así serlo, todas las conductas declaradas como fraccionamiento supondrían una responsabilidad penal, ya que el final del principio de intervención mínima del Derecho penal en el ámbito administrativo del fraccionamiento comienza cuando la autoridad o funcionario público dicta una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia. El ánimo defraudatorio, la intencionalidad, supone el conocimiento de su ilegalidad. Por lo tanto, siempre que haya voluntad de elusión del procedimiento general hay fraccionamiento, pero no siempre que haya fraccionamiento se ha de dar la voluntad de esa elusión. Habrá fraccionamiento cuando la justificación del uso del procedimiento del contrato menor sea errónea o insuficiente.

#### V.

Los principios generales de la contratación son esenciales. Han de modular las decisiones discrecionales del órgano de contratación y éste ha de tenerlos siempre en cuenta. Además de los principios aglomerados en el artículo primero de la LCSP, mediante el principio de programación y buena gestión en la contratación se evita la recurrencia al uso del contrato sucesivo; contrato que, por su escasa duración (lo que da lugar a un valor estimado del contrato bajo), suele tramitarse por el procedimiento del contrato menor. Así, la constatación y razonamiento previos de necesidades permanentes, previsibles y recurrentes puede evitar el uso fraudulento de contratos que se renuevan periódicamente con el mismo o similar objeto y con el mismo proveedor.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### • MANUALES Y ARTÍCULOS

- BATET JIMENEZ, P., “La división del objeto del contrato en lotes”, II.3 “Algunos aspectos del procedimiento cuando se establezcan lotes” GABILEX, N.º 6, junio 2016
- FUERTES LÓPEZ, F.J, PALOMAR OLMEDA, A. (Director), SANTACANA, J.M, SURIBANA DE LA CRUZ, S., VÁZQUEZ GARRANZO, J., *Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi S.A.U, Navarra (2019)
- JUNCEDA MORENO, J., “Sobre los límites de la prevaricación y la ilegalidad administrativa. Enjuiciamiento de comportamientos administrativos. Nuevos criterios penales y contenciosos.”, *La Administración práctica* 8, agosto del 2015
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.C., “Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* Vol. 2 1 (2017)
- SANTACANA, J.M., “Procedimientos y publicidad de los contratos menores.”, *Monografías. Contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Publico*, Editorial Aranzadi, S.A.U, enero de 2019, epígrafe 1, introducción.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato”, *Revista Española de Control Externo* - vol. XX- n.º 60 septiembre de 2018.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Monografías. Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público”, Aranzadi, S.A.U, enero de 2019.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J., “El concepto de fraccionamiento del objeto del contrato en la jurisprudencia y la doctrina de órganos de control”, *Monografías. Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2019

- **JURISPRUDENCIA, DOCTRINA DE ÓRGANOS CONSULTIVOS Y RESOLUCIONES DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES**

- Sentencia, de 15 de febrero de 1984, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), RJ 1984\956
- STJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-16/98
- Informe 31/05, de 29 de junio de 2005. “Inicio del expediente de contratación” de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa
- JCCA informe 69/08, de 31 de marzo de 2009
- Informe núm. 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.
- Informe núm. 69/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa
- Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva del Gobierno de Andalucía sobre diversas cuestiones relativas al fraccionamiento de los contratos
- Informe 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, sobre aspectos relativos a la cuantificación del importe de determinados contratos de suministros y servicios a efectos de su consideración como contratos menores
- Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares. Contratos menores. Principios generales de la contratación. Fraccionamiento del objeto de un contrato
- Resolución n.º 214/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 12 de junio de 2013, (Recurso n.º 236/2013)
- Informe 11/2013, de la Comunidad Autónoma de Aragón (Asunto: Posibilidad de licitar un contrato mediante lotes y, simultáneamente, admitir la presentación de una «oferta integradora» de todos, o algunos de los lotes.)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 15418/2014, del 4 de diciembre de 2014
- Informe 1/2017, de 1 febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

- Resolución n.º 344/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RE-183/2017 C.A del Principado de Asturias)
- Informe 6/16, de 27 de abril de 2017. “Posible fraccionamiento del objeto del contrato en contrato de mantenimiento del parque automovilístico”. Intervención General de la Administración del Estado (IGAE)
- Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “Interpretación del artículo 118.3 LCSP”
- Expediente 42/17 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
- Resolución n.º 430/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de abril de 2018 (Recurso n.º 346/2018)
- Resolución n.º 798/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 14 de septiembre de 2018
- Expediente 72/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Materia: Fraccionamiento del contrato
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Expediente 72/18
- Expediente 73/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
- Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Asunto: Contratos menores, regulación en Ley 9/2017, de 8 de noviembre
- Resolución n.º 190/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 13 de junio de 2019
- Expediente 7/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
- Resolución n.º 777/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 11 de julio de 2019 (Recurso n.º 379/2019)