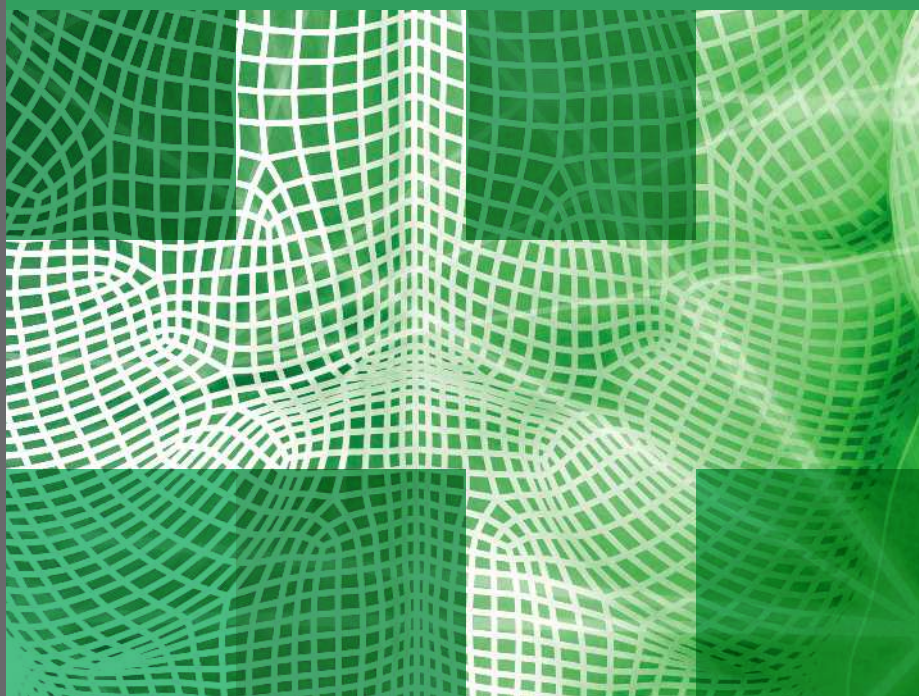


La contratación menor en España

Su problemática regulación
y una propuesta de futuro



Antonio Villanueva Cuevas

La contratación menor en España

Su problemática regulación
y una propuesta de futuro

Antonio Villanueva Cuevas

© Antonio Villanueva Cuevas, 2021
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo 2021

Depósito Legal: M-5690-2021
ISBN versión impresa: 978-84-123132-0-8
ISBN versión electrónica: 978-84-123132-1-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Ley⁽⁷⁾. A este respecto, en palabras de la CNUDMI, «el texto promueve la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad, para cumplir esos objetivos. La transparencia es también un principio clave, pues permite confirmar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y principios»⁽⁸⁾.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, y como adelantamos antes, va a ser la normativa de la UE en materia de contratación pública la que ha desarrollado de una manera más prolija los principios que vertebran la contratación pública⁽⁹⁾. Veamos, brevemente, cuál ha sido el tratamiento de los mismos en dicha normativa.

2. EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CONTRATACIÓN MENOR

2.1. La incorporación de los principios estructurales de la contratación pública en el Derecho de la Unión Europea

Desde que surgió la acción europea en materia de contratación pública, en los años 70 del siglo pasado, el principal objetivo ha sido la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior de la UE, situándose por ello, como eje vertebrador de la legislación comunitaria en esta materia, asegurar la igualdad de oportunidades entre las empresas de los Estados miembros que concurren a los procedimientos de contratación⁽¹⁰⁾. El cumplimiento de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación se han conformado, en aquella legislación, como el fundamento de todas las reglas públicas sobre contra-

(7) Según la CNUDMI, la Ley Modelo (tanto la de 2004 como la de 2011) y su Guía para su incorporación al Derecho interno son utilizadas por los Estados para reformar sus normas de contratación pública, si bien el grado de adecuación varía atendiendo a las especificidades de cada Estado. En todo caso, no tienen carácter vinculante para los Estados, ni aspira a convertirse en un Tratado Internacional. Ver al respecto el informe sobre la situación actual, en www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.htm, consultado el 21 de junio de 2019.

(8) Ver, www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.htm, consultado el 21 de junio de 2019.

(9) En este sentido, RODRÍGUEZ ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E., y NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas...*, *op. cit.*, pág. 44.

(10) RODRÍGUEZ ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E., y NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativa...*, *op. cit.*, pág. 31 y ss.

tación del sector público, y además, de manera transversal, pues afectan a todas las fases de la contratación⁽¹¹⁾.

En el Tratado fundacional de la Comunidad Europea no se recogían preceptos relativos a la contratación pública debido, como ha destacado la doctrina⁽¹²⁾, a la escasa importancia que aquélla tenía en esos años, pero, como ha ocurrido en otros ámbitos, se han utilizado los principios fundamentales recogidos en el mismo —la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de libre circulación de mercancías, el principio de libre establecimiento, el principio de libre prestación de servicios y las normas sobre competencia—⁽¹³⁾ para, a través del Derecho derivado, especialmente, las diversas Directivas comunitarias en esta materia, reconocer y garantizar la existencia de un mercado interno de contratación pública que tiene como eje vertebrador el respeto a los principios de transparencia, publicidad, no discriminación y objetividad⁽¹⁴⁾, que no son más que los instrumentos para hacer efectivo el más amplio principio de igualdad de trato entre los licitadores, que constituye la indiscutible razón de ser de las Directivas comunitarias en esta materia antes aludidas, y cuyo objetivo es lograr una verdadera y real competencia entre las empresas que participen en una contratación pública⁽¹⁵⁾.

-
- (11) MORENO MOLINA, J.A., «Las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español», *Gabilex*, n.º extraordinario, mayo 2015, pág. 231 y ss. En el mismo sentido, entre otros muchos, HUERGA LORA, A., «El Derecho español de los contratos y el Derecho comunitario», *REDA*, n.º 126, 2005, pág. 234. Ver también, CARRODEAGUAS MÉNDEZ, R., «Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *REALA, Nueva Época*, n.º 10, octubre 2018, pág. 60 y ss.
- (12) RODRÍGUEZ ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E., y NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas...*, *op. cit.*, pág. 45 y 103 y ss.
- (13) *Idem*, pág. 50 y, especialmente y en profundidad, pág. 103 y ss. También, entre otros, MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, ed. Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 25 y ss.
- (14) Al respecto, PIÑAR MAÑAS, J.L., «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 50; MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directiva 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, pág. 14.
- (15) MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pág. 15.

A este respecto, y de manera breve para no extendernos en demasía en la evolución histórica⁽¹⁶⁾, ya la Directiva 70/32/ECC, de 17 de diciembre de 1970, relativa a los suministros de productos a los Estados, a sus Entes públicos territoriales y a las personas jurídicas de Derecho Público, tenía como objetivo determinar el alcance de los principios comunitarios antes aludidos en el ámbito de la contratación pública, y fue seguida por las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros⁽¹⁷⁾, respectivamente, y en cuyo contenido destaca la introducción de medidas de publicidad para favorecer una competencia efectiva, prohibir especificaciones técnicas que tuvieran un efecto discriminatorio y fijar unos criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos⁽¹⁸⁾. Sin embargo, tales Directivas fueron incumplidas sistemáticamente por los Estados miembros⁽¹⁹⁾, tanto por el proteccionismo económico de los mismos como por las propias deficiencias de dichas Directivas⁽²⁰⁾.

Sin perjuicio de las anteriores, la creación del mercado único interior en 1992⁽²¹⁾, sus implicaciones respecto a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, supondrá un punto de inflexión en la adopción de medidas que favorecieran los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en materia de contratación

-
- (16) Nos remitimos para un estudio más profundo y detenido a los excelentes trabajos de MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea...*, op. cit., pág. 29 y ss.; de RODRÍGUEZ ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E., y NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas...*, op. cit., pág. 121 y ss.; o de BASSOLS COMÁ, M., «Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa», *Noticias CEE*, n.º 21, 1986.
- (17) Una exhaustiva enumeración de Directivas, Decisiones y otros documentos de la Comunidad Europea en materia de contratación pública en los años 70 y 80 del siglo pasado, se puede encontrar en OJEDA MARÍN, A., «Hacia un sistema de contratación pública acorde al mercado interior», *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3, vol. 15, 1988, págs. 8261-832.
- (18) Ver al respecto, Considerando de la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971.
- (19) Sobre las prácticas que utilizaban los Estados miembros para incumplir dichas Directivas, ver OJEDA MARÍN, A., «Hacia un sistema de contratación pública acorde al mercado interior», op. cit., pág. 832.
- (20) Así lo puso de manifiesto la OJEDA MARÍN, A., «Hacia un sistema de contratación pública acorde al mercado interior», op. cit., págs. 821-844.
- (21) Un estudio profundo sobre la creación del mercado interior y su influencia en el Derecho europeo de la contratación pública, especialmente, en lo referido a las primeras Directivas a este respecto, se puede ver en el trabajo de OJEDA MARÍN, A., «Hacia un sistema de contratación pública acorde al mercado interior», op. cit., págs. 821-844.

pública⁽²²⁾, hasta el punto de que KIRSCH señaló que sería el grado de apertura del mercado de la contratación pública lo que daría la medida del interés de los Estados miembros por la creación del mercado interior⁽²³⁾. En el camino hacia la consecución del mismo, se modificaron las Directivas antes citadas a finales de la década de los 80 del siglo pasado⁽²⁴⁾, y ya en la década siguiente, se elaboraron las Directivas 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores excluidos (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) y 92/50, sobre los contratos públicos de servicios, pero, sobre todo, y con la intención de clarificar el complicado «*corpus*» normativo que se había generado en materia de contratación pública, se publica un conjunto de Directivas, que refunden las anteriores y sus modificaciones, y que serán las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, sobre contratos de suministros, obras y en los «sectores especiales» (agua, energía, transportes y telecomunicaciones), respectivamente. En tales Directivas, al margen de unificar procedimientos, se considera que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios debe conllevar una eliminación de las restricciones en dichos procedimientos, así como que el desarrollo de una competencia efectiva requiere una mejor publicidad comunitaria de los mismos⁽²⁵⁾, y en definitiva, se afirma «la exigencia de procedimientos unificados de selección de contratistas y adjudicación de los contratos, así como (se plantea) la mejora y la extensión de las garantías previstas por las directivas»⁽²⁶⁾.

(22) Al respecto, MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34; de RODRÍGUEZ ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E., y NAVARRO MEDAL, K., *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas...*, *op. cit.*, págs. 122 y 123. Los autores indicados en la cita anterior, sitúan el inicio de esta nueva etapa en 1985, con la aprobación del «Libro Blanco» de la Comisión para la consecución del mercado interior, así como la entrada en vigor el 1 de julio de 1987, del Acta Única Europea.

(23) «Il n'en garde pas moins une valeur politique tant il est vrai que le dossier des marchés publics apparaît comme un test de la volonté des Douze de réaliser le grand marché intérieur». En KIRSCH, V., «Objetif 1992: Le dossier test des marchés publics», *Revue du Marché Commun*, n.º 313, janvier, 1988, pág. 1

(24) En concreto, la Directiva del Consejo de 14 de octubre de 1988 modificó la Directiva 74/305/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y la Directiva del Consejo 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988, modifica la Directiva 77/62/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.

(25) Ver, por ejemplo, Considerandos de la Directiva 93/37/CEE, sobre el contrato de obras.

(26) MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pág. 34.

Tras un lapso de tiempo ciertamente largo, y como consecuencia de la elaboración en 1996 del Libro Verde de la Comisión sobre la Contratación Pública Europea⁽²⁷⁾, van a publicarse las Directivas 2004/17/CE, relativa a la contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y 2004/18/CE, referida a los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁽²⁸⁾. En el citado Libro Verde, y ya en el punto 1 de mismo, se indica que «una política más abierta de la contratación pública implica además otras muchas ventajas, quizá menos evidentes. En efecto, los procedimientos de contratación justos, transparentes y no discriminatorios, así como la posibilidad de que los contratistas puedan defender sus derechos ante los tribunales nacionales, reducen el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones», y destaca que uno de los objetivos esenciales de la política de contratación pública de la Unión es la creación de las condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminación en la adjudicación de contratos. En dicho texto, se reconocían los avances que en materia de transparencia habían generado las Directivas europeas, pero también se reconocían deficiencias, como la falta de incorporación de las Directivas por los Estados miembros⁽²⁹⁾.

Como respuesta al contenido del citado Libro Verde, la «tercera generación» de Directivas destaca la aplicación a la contratación pública de los principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y resalta, por ejemplo, la Directiva 2004/18, que «la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público debe estar supeditada al acatamiento de los principios del Tratado, y en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como a los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia», considerando que, sólo para

(27) Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.

(28) Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ambas publicadas en el DOCE de 30.04.2004, serie L 134-1.

(29) Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea..., puntos 2.7 y 2.9.

los contratos que superen una determinada cuantía, es necesario la articulación a nivel comunitario de unos mecanismos de coordinación que garanticen tales principios⁽³⁰⁾, lo que implica, *a sensu contrario*, que para los contratos que no alcancen dichos umbrales, el acatamiento de tales principios también es obligatorio, pero no requiere la intervención normativa europea, sino que se deja a la libertad legislativa de los Estados miembros⁽³¹⁾.

En todo este desarrollo normativo ha desempeñado un papel muy importante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), la cual, de manera reiterada, va indicando que, si bien los procedimientos especiales y ciertamente rigurosos previstos en las Directivas comunitarias sobre contratación pública se aplican sólo a los contratos que se incluyen en los umbrales previstos en las mismas, y «por tanto, las normas de esas Directivas no se aplican a los contratos cuyo importe no alcanza el umbral fijado en ellas. Sin embargo, ello no significa que esos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En efecto, en lo relativo a la adjudicación de esos contratos, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado en general y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en particular»⁽³²⁾. Ello implica que, en los procedimientos de contratación pública celebrados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros, se han de respetar las libertades fundamentales que rigen la UE, especialmente, lo referido a la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento, y la libre prestación de servicios, pero también aquellos otros principios básicos de la contratación pública derivados de tales libertades, como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. A este respecto, y como ejemplo, el Tribunal considera que la transparencia es una condición necesaria para garantizar la igualdad de trato que se sitúa en la

(30) Ver Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

(31) Al respecto, por todos, MORENO MOLINA, J.A., «Un mundo para SARA». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP*, n.º 178, 2009, págs. 180 y 211.

(32) Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010, Asunto T-258/06, República Federal Alemana contra Comisión Europea, Rec. II-02027, apartado 2. En el mismo sentido, sentencia del TJUE de 16 de abril de 2015, Asunto C-278/14, Digital reports, ECLI:EU:C: 2015:228, apartado 16.



La contratación menor en España ha estado rodeada siempre de una gran problemática, originada, en gran medida, por la propia regulación de la misma en las diferentes leyes sectoriales sobre contratación pública. La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, intentó introducir varias soluciones que resultaron infructuosas, generando todavía más confusión en este ámbito, hasta el punto de que la regulación de la contratación menor que aquélla recogía ya ha sido objeto de varias modificaciones. La última de las modificaciones se introdujo a través del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, donde prácticamente se vuelve a la normativa anterior a la citada Ley, flexibilizando su utilización, precisamente, lo que dicha Ley pretendía evitar. Por todo ello, podemos afirmar que transcurridas varias décadas desde su introducción en nuestro derecho de la contratación pública, apenas se han producido avances en esta materia.

Este libro pretende ser un estudio profundo de la contratación menor desde sus orígenes más remotos hasta la actualidad, de cara a buscar soluciones que faciliten su encaje en un sistema de contratación del sector público en el que los principios de igualdad, libre competencia, publicidad o transparencia se configuran como sus elementos vertebradores, y donde una adjudicación directa, aunque sea referida a cuantías limitadas, no parece tener cabida. Se intenta ofrecer una solución a la necesidad, en apariencia, contradictoria, de articular un procedimiento de adjudicación flexible, fácil, rápido y que a su vez respete los principios esenciales de la contratación pública que anteriormente se han apuntado.

ISBN: 978-84-123132-0-8



9

788412

313208



3652K23189



ER-0280/2005



GA-2005/0100