

Las vicisitudes de la ejecución del contrato administrativo menor y del contrato de menor cuantía de los PANAP¹

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE

Profesor de Derecho Administrativo y de la UE en CUNEF Universidad.

Doctor en Derecho.

Abogado

- 1. Introducción**
- 2. El régimen de la ejecución de los contratos de menor cuantía**
 - 2.1. Régimen jurídico de la ejecución del contrato
 - 2.2. Delimitación de la fase de ejecución del contrato
- 3. Cuestiones relevantes de la ejecución**
 - 3.1. Modificación
 - 3.2. Figuras afines a la modificación: cesión, revisión de precios y prórroga
 - 3.3. Subcontratación
 - 3.4. La utilización del contrato de menor cuantía como mecanismo para paliar los problemas en la ejecución de otros contratos
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**

Resumen

En el presente trabajo se analizan algunas cuestiones relevantes que se suscitan habitualmente en la ejecución de un contrato de menor cuantía. Se parte de un análisis del régimen jurídico aplicable a la ejecución de estos contratos para, posteriormente, analizar cuestiones relativas a

Artículo recibido el 30/05/2023; aceptado el 15/06/2023.

1. El autor quiere agradecer las aportaciones de los dos evaluadores anónimos que han revisado este trabajo. La responsabilidad por las opiniones aquí recogidas es únicamente atribuible al autor del trabajo. Este trabajo no constituye asesoramiento legal de ninguna clase.

la modificación, cesión, revisión de precios, prórroga y subcontratación de estos contratos.

Palabras clave: *contrato menor; ejecución; modificación; subcontratación.*

The vicissitudes of the execution of the minor administrative contract and the contract of minor amount of the PANAP

Abstract

The article explores some relevant issues that usually arise in the execution of a minor contract. It begins with an analysis of the legal framework applicable to the execution of these contracts and, subsequently, it analyzes issues related to the modification, assignment, price revision, extension and subcontracting of these contracts.

Keywords: minor contract; execution; modification; subcontracting.

1

Introducción

La ejecución de todo contrato es un reto comercial, negocial y, en lo que aquí interesa, jurídico. Durante la ejecución, el contrato se enfrenta inevitablemente a circunstancias que, en mayor o menor medida, no fueron previstas en el marco contractual ni mucho menos en el marco legal vigente en cada momento. Se dice por ello que los contratos son incompletos o imperfectos por naturaleza, como han estudiado Hart y Moore (1988, 2008). Esa realidad es común a los contratos del sector privado y a los del sector público. Y dentro de los del sector público, a los contratos privados y a los contratos administrativos.

Esta situación de imperfección contractual concurre también en los contratos de menor cuantía. Adviértase, antes de continuar, que desde un punto terminológico este trabajo se refiere a los contratos de menor cuantía para englobar dos figuras: el contrato menor de la Administración pública, en lo esencial regulado en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)², y los contratos de menor cuantía

2. Hoy en día, la norma de desarrollo más relevante de la LCSP sigue siendo el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

adjudicados por un poder adjudicador no Administración pública (PANAP) o por una entidad del sector público que no sea poder adjudicador, recogidos respectivamente en los artículos 318.1 y 321.2. LCSP³. En ambos casos se trata de contratos con unos umbrales determinados⁴.

Los contratos de menor cuantía son contratos que, como regla general, carecen de un marco contractual intensamente definido⁵. Paradójicamente, lo que es una ventaja para la adjudicación, porque permite llevarla a cabo de manera rápida y flexible, se convierte en un problema durante la ejecución, al privar a las partes de un documento contractual de relevancia.

Esa carencia de un marco contractual bien definido se suple, necesariamente, por lo previsto en el marco legal aplicable. Dada su relevancia, se analizará en este trabajo cuál es ese marco legal. Y como se verá, fruto de ese análisis, se alcanza una conclusión: que con carácter general las soluciones previstas en la LCSP para la ejecución de los contratos son aplicables también a los contratos de menor cuantía⁶.

Ahora bien, en la aplicación de la LCSP deben tenerse en cuenta las especiales características de ese tipo de contratos, que derivan del especial y privilegiado tratamiento que le proporciona el legislador en la fase de adjudicación, así como de las garantías establecidas para evitar que ese trato privilegiado pueda distorsionar el correcto funcionamiento de la contratación de una entidad. En particular, como ya se ha visto en esta obra, la LCSP exonera a determinados contratos de seguir los pesados procedimientos de adjudicación, permitiendo una adjudicación directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y con la habilitación profesional para realizar la prestación⁷. Y a cambio establece unos umbrales máximos para poder acudir a esta figura⁸, así como un plazo de duración máximo⁹.

3. No se analiza en este trabajo el régimen de ejecución aplicable a los contratos de menor cuantía adjudicados por las entidades del sector público que no son poder adjudicador, ya que, como se verá, se trata de contratos cuyos efectos se rigen por el derecho privado.

4. En lo que no coinciden es en el tipo de contrato que se puede clasificar de esta manera. En el caso de contratos menores administrativos, esa opción solo está disponible para contratos de obras (menores de 40 000 euros) y de suministros y servicios (menores de 15 000 euros). En cambio, en el caso de contratos de menor cuantía adjudicados por PANAP, esta opción está también permitida –además de a contratos de obras, suministros y servicios– a contratos de concesión menores de 40 000 euros.

5. En relación con los documentos necesarios para adjudicar estos contratos de menor cuantía, ver un estudio anterior de esta misma obra monográfica. Sobre la no exigibilidad de pliegos, Cavilán López (2023), que se apoya en el art. 118.2 LCSP.

6. En el mismo sentido, Martínez Fernández (2017).

7. Arts. 118, 131.3, 318.1 y 321.2 LCSP.

8. Arts. 118, 318.1 y 321.2 LCSP.

9. Art. 29.8 LCSP. En el apartado correspondiente plantearemos si ese plazo es aplicable por igual a todos los contratos de menor cuantía adjudicados conforme a la LCSP.

Respecto al marco que abarca este trabajo, la ejecución de un contrato se inicia en el momento de su perfección y concluye con su terminación, ya sea por su cumplimiento o por su resolución. Ese es el espacio en el que se moverá este artículo. No se analizan, pues, las cuestiones relativas al procedimiento de adjudicación de los contratos de menor cuantía ni las que se refieren a la formalización (*vid.* estudios anteriores de esta obra). Tampoco serán objeto de este trabajo figuras de naturaleza especial que, como apuntan Canales *et al.* (2022: 749), se asemejan en su régimen a los contratos menores. Se trata de los contratos de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia (art. 131.4 LCSP) y los contratos de suscripción de revistas y publicaciones (disposición adicional novena LCSP).

2

El régimen de la ejecución de los contratos de menor cuantía

2.1

Régimen jurídico de la ejecución del contrato

El régimen jurídico de la ejecución de un contrato del sector público viene determinado por la norma que es de aplicación en el momento de adjudicarse el contrato. En el caso de los contratos administrativos, la disposición transitoria primera de la LCSP establece que “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. En el caso de los contratos privados se aplicará el derecho transitorio común¹⁰.

El análisis del régimen jurídico de los contratos de menor cuantía debe partir de una cuestión que no siempre se asume con todo su potencial: a todos los contratos adjudicados conforme a la LCSP, también a los que son objeto de este trabajo, les resulta de aplicación la libertad de pactos recogida en el artículo 34 LCSP. Ese precepto establece que en todos los contratos pueden acordarse “cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre

10. En ese sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 992/2011, de 16 de enero de 2012 (rec. 1413/2008), establece: “Como regla general derivada del artículo 2.3 CC y párrafo primero de sus Disposiciones Transitorias -que constituyen un criterio interpretativo de Derecho transitorio rector de cualquier cambio de legislación (SSTS de 3 de junio de 1995, RC n.º 226/1992, 16 de mayo de 1996, RC n.º 2841/1992)- los actos realizados y los derechos adquiridos de conformidad con la ley vigente que les es de aplicación no sufren alteración a consecuencia de una modificación legislativa, salvo que se dispusiera expresamente lo contrario (SSTS de 24 de octubre de 1997, RC n.º 2833/1993, 3 de noviembre de 1997, RC n.º 2836/1993, 8 de noviembre de 1997, RC n.º 2837/1993)”.

que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. Esa mención al ordenamiento jurídico incluye necesariamente a las normas de *ius cogens* contenidas en la LCSP¹¹.

Ese derecho necesario varía significativamente en función del tipo de contrato que se pretenda adjudicar. Por ello, el análisis del régimen de ejecución de un contrato de menor cuantía debe partir de una premisa: no a todo contrato de los regulados en la LCSP se le aplica el mismo régimen en su ejecución. A los efectos de este trabajo se distinguen al menos dos regímenes: los contratos menores de la Administración pública y los contratos de menor cuantía de los PANAP.

Respecto a los contratos menores de las Administraciones públicas, su régimen se concentra en el artículo 118 LCSP, precepto que se incluye en el Libro Segundo de la norma, dedicado expresamente a los contratos de las Administraciones públicas¹². Ese precepto se refiere al “expediente de contratación” de los contratos menores, por lo que no cabe esperar de él una referencia expresa a la ejecución de estos contratos. Por ello, para conocer el régimen aplicable a la fase de ejecución de los contratos menores habrá que estar a las reglas generales. En otras palabras, los contratos menores que tengan naturaleza administrativa se rigen por la LCSP con toda su intensidad, mientras que los que tengan naturaleza privada se regirán por el derecho privado¹³.

Por otro lado, cuando un contrato de menor cuantía es adjudicado por un PANAP, la LCSP recoge su régimen específico en el artículo 318.1 LCSP, incluido en el Libro Tercero, “de los contratos de otros entes del sector público”. Ese apartado no se remite en ningún momento al artículo 118 LCSP (técnica de las remisiones que, por el contrario, está muy presente en ese Libro Tercero de la LCSP). Determinada doctrina administrativa ha declarado la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados de menor cuantía¹⁴. Sin embargo, esa doctrina debe entenderse limitada a las reglas de adjudicación del contrato, pero no necesariamente a las de su ejecución, respecto de las que el legislador se ha cuidado mucho de esta-

11. Sobre las normas de *ius cogens* en la LCSP, es relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2022, núm. 1359/2022, rec. 4349/2020.

12. Ese Libro Segundo se refiere a contratos de las Administraciones públicas, sean administrativos o privados. Se trata de contratos administrativos o privados en función de las reglas contempladas en el art. 25 LCSP.

13. Arts. 25 y 26.2 LCSP.

14. Adviértase que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe núm. 57/2018, de 2 de julio, ha declarado la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados. También son aplicables las reglas del contrato menor a los contratos administrativos especiales (*vid.* Informe núm. 1/2019, de 9 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

blecer dos regímenes diferenciados en función de que se trate de contratos administrativos o de contratos privados.

En cuanto a su régimen de ejecución, estos contratos de menor cuantía son siempre contratos privados sujetos a derecho privado. Ahora bien, el artículo 319 LCSP sujeta expresamente todos los contratos de los PANAP, también los de menor cuantía, a determinados preceptos de la LCSP típicamente aplicables a los contratos administrativos¹⁵. Se restringe de esa manera la libertad de configuración del contrato de menor cuantía¹⁶.

Por último, resulta necesario hacer una breve mención a cómo juegan las normas europeas en el régimen de ejecución de los contratos de menor cuantía.

Con carácter general la ejecución de los contratos del sector público es una cuestión alejada de las normas europeas en la materia (las “directivas”)¹⁷. Estas se refieren esencialmente a la adjudicación de los contratos, con limitadas excepciones como la regulación europea en materia de subcontratación o de modificación; regulación que persigue bien objetivos horizontales de la contratación, bien proteger la propia licitación. Además, las directivas resultan aplicables a partir de unos umbrales que están muy alejados de los establecidos para los contratos de menor cuantía¹⁸.

Por tanto, puede afirmarse que los contratos de menor cuantía se sitúan muy al margen de las directivas. Ahora bien, dos circunstancias matizan la conclusión anterior.

Primera, que los principios de no discriminación y transparencia se aplican a todos los contratos de interés transfronterizo, con independencia de que no alcancen los umbrales de las directivas, en la medida en que se trata de principios que derivan directamente de los tratados¹⁹. Si bien podemos

15. El art. 319 LCSP señala que será aplicable a la fase de ejecución de los contratos privados “lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243”. Se prevé también una autorización *ad hoc* de la Administración de tutela para modificaciones no previstas en los pliegos. Por último, le son de aplicación algunas causas de resolución del contrato.

16. Esa restricción no opera en el caso de contratos de menor cuantía adjudicados por entidades del sector público que no sean poder adjudicador. En esos casos el régimen aplicable es el derecho privado, de conformidad con el artículo 322 LCSP.

17. En la actualidad, las directivas vigentes son 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; 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; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

18. En España los umbrales se recogen en los arts. 19 a 23 LCSP.

19. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182. Un análisis detallado, en Codina García-Andrade (2014) o De Mars (2013).

asumir que un contrato de menor cuantía no tendrá un interés transnacional, lo cierto es que será una cuestión a resolver caso a caso.

Segunda, que en la medida en que el legislador español ha decidido aplicar a los contratos de menor cuantía unas soluciones expresamente recogidas en las directivas (al no establecer un régimen específico de ejecución, sino aplicarles la LCSP), el principio de interpretación uniforme del derecho de la Unión Europea conduce a que la interpretación que el Tribunal de Justicia realice de tales interpretaciones sea aplicable también a los contratos de menor cuantía²⁰.

En definitiva, el régimen de ejecución de los contratos de menor cuantía, ante la habitual ausencia de pliegos, viene determinado en gran medida por la LCSP y por la voluntad de las partes en aquellas cuestiones al margen del derecho necesario de la norma (un derecho necesario que se presenta con mayor intensidad en el caso de los contratos menores administrativos).

2.2

Delimitación de la fase de ejecución del contrato

Una vez adjudicado el contrato de menor cuantía dará comienzo su ejecución. Recuérdese que los contratos de menor cuantía no requieren de documento de formalización para su perfeccionamiento, que se produciría con la adjudicación²¹, si bien en la práctica no es extraño que el contrato se formalice mediante documento suscrito por ambas partes donde se recojan aunque sea de manera limitada los derechos y obligaciones aplicables a la relación contractual²².

La ejecución del contrato finaliza cuando da comienzo la fase de extinción del mismo, que podrá ser extinción por cumplimiento o por resolución. Las especialidades del contrato de menor cuantía en esa parte final de la ejecución son más prácticas que teóricas. Esto es, la LCSP no prevé un régimen diferenciado, pero ocurre en la práctica que determinadas actuaciones no se realizan o se hacen de un modo más flexible. Buen ejemplo de ello son

20. Al respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2017, C-295/16, *Euro-pamur Alimentación*, ECLI:EU:C:2017:782, apdos. 29 a 32.

21. Arts. 36.1, 118 y 153.2 LCSP. El art. 36, de la perfección de los contratos, dice expresamente que “los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores [...], se perfeccionan con su formalización”. Respecto a los documentos que deben obrar en el expediente administrativo, nos remitimos al estudio de esta obra dedicado a la adjudicación de los contratos.

22. Si se trata de un contrato administrativo de obras, antes de comenzar la ejecución habrá que proceder a la comprobación del replanteo y el levantamiento del acta correspondiente. Arts. 237 LCSP y 139 del Real Decreto 1098/2001.

el acto de conformidad de la Administración y el acto de comprobación de la inversión, que en los casos de los contratos menores se llevan a cabo con menores formalidades.

Respecto a las causas de resolución de un contrato menor, serán aplicables directamente las recogidas en la LCSP cuando se trate de un contrato administrativo. En cambio, en el caso de contratos de menor cuantía de los PANAP habrá que estar con carácter general a lo previsto en la documentación contractual o, en su defecto, al Código Civil (el artículo 318 LCSP solo se remite a los preceptos relativos a la resolución contenidos en la LCSP para el caso de imposibilidad de modificar el contrato, de impago de salarios y de resolución de concesión de obras y de servicios)²³.

3

Cuestiones relevantes de la ejecución

3.1

Modificación

La regulación de la modificación de los contratos del sector público ha variado enormemente en los últimos veinte años, pasando por un estadio de gran flexibilidad (antes de 2011 y sobre todo antes de 2007), luego por otro de excesiva restricción (2011-2017) y, finalmente, el momento actual, uno de cierto equilibrio²⁴.

De manera muy breve, recordemos que los límites a la modificación de los contratos tienen su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo los asuntos *Succhi di Frutta*²⁵ y *Presstext*²⁶ los *leading case* en la materia. La esencia de la doctrina del Tribunal es que los principios de igualdad de trato entre licitadores y de transparencia podrían verse distorsionados si se aceptasen modificaciones que alterasen las condiciones esenciales del contrato adjudicado.

23. Estos contratos típicos de concesión curiosamente sí pueden ser menores cuando se trata de PANAP, de conformidad con el art. 318 LCSP, pero no así cuando son contratos administrativos

24. Sobre la modificación del contrato véase Horgué Baena (1997) o Vázquez Matilla (2015), entre otros. Sobre la evolución de la regulación hasta la vigente LCSP, véase en detalle Codina García-Andrade (2019).

25. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236.

26. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351.

El asunto *Presstext* recoge muy bien cuáles fueron los límites que sirvieron para configurar el actual sistema y que giraban sobre el concepto de modificación sustancial. Para saber si una modificación alteraba sustancialmente el contrato se debía realizar el triple test siguiente:

- a) Test de licitación: “cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”²⁷.
- b) Test de objeto: “cuando amplía el contrato en gran medida, a servicios inicialmente no previstos”²⁸.
- c) Test de equilibrio: “cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”²⁹.

Hoy esos límites están codificados con matices en las directivas. Uno de los matices más relevantes en lo que aquí interesa es que las directivas introdujeron un sistema de causas habilitantes de la modificación, cada una con sus propios límites, así como un supuesto de modificaciones menores³⁰.

Las directivas fueron transpuestas, también con matices, en la LCSP. Hoy los límites a la modificación del contrato están contenidos en los artículos 203 a 205 LCSP, que son preceptos aplicables tanto a los contratos administrativos como a los contratos adjudicados por los PANAP en virtud de la remisión que contiene el artículo 319 LCSP. No serán aplicables estos límites a los contratos de las entidades del sector público que no sean poder adjudicador, salvo que así se establezca en los documentos contractuales.

La LCSP no establece una excepción en la aplicación de estas normas sobre modificación ni respecto a los contratos menores de carácter administrativo ni respecto a los contratos de menor cuantía de los PANAP, de carácter privado. Esa ausencia de previsión expresa obliga, pues, a aplicar también a estos contratos las normas sobre modificación (los contratos menores lo harán en su condición de contratos administrativos, mientras que los contratos de menor cuantía de los PANAP, en virtud de la remisión que realiza el artículo 319 LCSP).

27. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apdo. 35.

28. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apdo. 36.

29. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apdo. 37.

30. Se trata del muy útil art. 72.1.e) de la Directiva 2014/24, que no ha sido transpuesto de manera efectiva en el ordenamiento español, donde el supuesto de modificaciones no significativas ha quedado diluido.

Repasamos a continuación los preceptos dedicados a la modificación para remarcar cuáles son los límites más relevantes en la práctica para este tipo de contratos.

Los contratos de menor cuantía podrán modificarse si en la documentación contractual se incorpora lo que de manera imprecisa la LCSP denomina modificaciones previstas (la mención del artículo 203 y 204 LCSP al pliego de cláusulas administrativas particulares debe entenderse hecha a la documentación contractual inicial). En la práctica, no siempre se incluyen este tipo de cláusulas en los contratos de menor cuantía, dado que habitualmente son contratos poco complejos y de duración reducida. En todo caso, es una opción perfectamente viable siempre que no superen “un máximo del veinte por ciento del precio inicial”.

Estas cláusulas de modificación incluidas en la documentación contractual deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 204 LCSP. De todos esos límites, hay dos cuestiones que merece la pena destacar aquí por los problemas que plantean en la práctica.

En primer lugar, las modificaciones previstas deben ser tenidas en cuenta a la hora de calcular el valor estimado del contrato³¹. El valor estimado es precisamente el parámetro que se utiliza para delimitar los umbrales previstos para los contratos de menor cuantía³². Por tanto, las modificaciones previstas impactan de lleno en la posibilidad de acudir o no a un contrato de menor cuantía (o, vista la cuestión desde la óptica contraria: acudir a un contrato de menor cuantía afecta en la práctica a la posibilidad de introducir una modificación prevista). Imaginemos un contrato de servicios por el que se pretende abonar 15 000 euros si se ejecuta correctamente el servicio contratado. En ese contrato la posibilidad de introducir modificaciones previstas será inexistente, ya que la modificación prevista, por mínima que fuera, situaría ya el valor estimado por encima del límite previsto para los contratos de menor cuantía.

En segundo lugar, merece la pena destacar otro de los límites de la modificación prevista que podría dificultar la introducción de estas modificaciones en el caso de contratos de menor cuantía. Se trata de la prohibición de incluir modificaciones que puedan “alterar la naturaleza global del contrato inicial”. El propio artículo 204 LCSP establece:

“En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se enten-

31. Art. 101.2 LCSP.

32. Arts. 118 y 318 LCSP.

derá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual”.

El concepto de “alteración de la naturaleza global del contrato” es un concepto jurídico indeterminado que tiene su origen en el artículo 72.1.a) de la Directiva y que no solo es predicable de las modificaciones previstas, sino que también es un límite para las modificaciones imprevistas derivadas de circunstancias imprevisibles y de las modificaciones no sustanciales.

Los distintos autores se aproximan al concepto desde varias ópticas. Para Horgué Baena (2018: 2277), este concepto “está aludiendo a un cambio que implica una subversión del propio tipo de contrato o de su objeto, al punto de hacerlo radicalmente distinto, o que pueda entenderse que comporta su sustitución”. En un sentido similar, Arrowsmith (2015: 589) afirma que es necesario no solo analizar la similitud de las prestaciones, sino también su cantidad, y considera, por ejemplo, que no sería jurídicamente viable una cláusula que permitiera pasar de 10 unidades a 50.

Para Gallego Córcoles (2015: 29), este criterio de “naturaleza global” no hace referencia a la naturaleza del contrato, sino a las características esenciales del procedimiento de contratación llevado a cabo. Esa alteración sería lo que Giannelli (2012: 239) ha llamado “*essenzialità procedimentale*” de la modificación.

A mi juicio la respuesta debe buscarse en el espíritu de la norma sobre modificación del contrato, en su razón de ser: proteger la licitación. Se trataría, pues, de analizar si la modificación tiene capacidad de impactar en el resultado que se derivó del procedimiento de adjudicación. En ese sentido, por ejemplo, la Directiva, en su considerando 109, afirma que esta naturaleza se altera “si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”. Es decir, la Directiva, en línea con su enfoque licito-céntrico, vincula la existencia de una alteración de la naturaleza del contrato a que pueda existir una “hipotética influencia en el resultado”.

Bajo ese prisma, la hipotética influencia en el resultado de las modificaciones previstas habrá que valorarla en función de cómo se configuró el contrato de menor cuantía y de las ofertas solicitadas al respecto (si las hubiera). Lo que no parece que concurra es un riesgo procedimental en la medida en que, como hemos dicho, la modificación prevista debe tenerse en cuenta al

calcular el valor estimado del contrato, por lo que nunca podría servir para superar los umbrales establecidos para acudir al contrato de menor cuantía.

Además de las modificaciones previstas, la LCSP prevé la posibilidad (excepcional, dice el artículo 203 LCSP) de modificar el contrato sin que ello esté previsto en el mismo. No existe en la norma ninguna limitación expresa a la utilización de estas modificaciones en los contratos de menor cuantía, si bien es obvio que su necesidad en este tipo de contratos será menor por la complejidad y duración de estos contratos³³. Ese “excepcionalmente” que contiene el artículo 203 LCSP puede ser un obstáculo a la modificación del contrato de menor cuantía por causas imprevistas.

Las condiciones para acudir a la modificación por causas no previstas son dos: que la modificación pueda subsumirse en alguna de las justificaciones previstas en el artículo 205 LCSP, y que la modificación “se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”³⁴.

Las justificaciones (o causas habilitantes, como se han denominado también) que prevé la norma para introducir modificaciones son tres: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles, y modificaciones no sustanciales. Cada una de ellas presenta sus propias limitaciones. De hecho, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, que contemplaba un listado común de límites, ahora la LCSP establece distintos límites para cada una de las justificaciones.

Se analizan a continuación algunas cuestiones que pueden ser relevantes para un contrato de menor cuantía en relación con cada una de las justificaciones. En todas ellas la interpretación de los casos dudosos debe estar informada por ese enfoque licito-céntrico que dio origen a las reglas sobre modificaciones. Por ejemplo, habrá que tener en cuenta si se han solicitado las ofertas o si se han aceptado propuestas de terceros (algo que no resulta obligatorio en el caso de contratos de menor cuantía)³⁵.

33. Como señalan Canales *et al.* (2022: 754), el contrato de menor cuantía se utiliza para satisfacer necesidades puntuales, concretas y perfectamente definidas. En el mismo sentido, Gavilán López (2023) y Arenas Alegría (2019), con cita de doctrina de las juntas consultivas al respecto (*vid.*, por ejemplo, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña núm. 14/2014, de 22 de julio).

34. La LCSP no especifica qué debe entenderse por esa “causa objetiva” que haga necesaria la modificación. Bien pueden ser únicamente modificaciones que sean necesarias para dar recto cumplimiento al contrato (nada más), bien pueden ser modificaciones que permitan una mayor satisfacción del interés general, aunque se trate de ir más allá del inicial objeto contractual. La única justificación que sí incluye intrínsecamente una causa es la de modificaciones por circunstancias imprevisibles.

35. Informe núm. 8/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que expresamente establece que, “por su propia naturaleza como un supuesto de adjudicación directa, en la adjudicación de un contrato menor no resulta necesario aceptar ni valorar ofertas de licitadores a los que no se haya dirigido expresamente el órgano de contratación”.

Respecto a la modificación que se refiere a trabajos adicionales a los inicialmente contratados (art. 205.2.a LCSP), interesa poner el foco en una de las condiciones, la que se refiere a que este tipo de modificación solo es posible cuando “el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico”³⁶, o cuando, siendo posible, el cambio de contratista “generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación”. Nada impide que se aplique esta justificación a un contrato menor. Ahora bien, el tipo de prestaciones que suelen adjudicarse a través de un contrato de menor cuantía no suelen presentar una complejidad tal que el cambio de contratista sea imposible o genere inconvenientes significativos. Habrá que analizar caso a caso esta cuestión, teniendo en cuenta que los “inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes” habrá que medirlos en relación con el contrato de que se trate y no en términos absolutos. Por tanto, unos costes adicionales de, por ejemplo, 3000 euros, pueden ser subsumibles bajo la categoría de “aumento sustancial de costes” en el caso de un contrato de 6000 euros.

Respecto a la modificación que se refiere a circunstancias imprevisibles (art. 205.2.b LCSP), se pueden realizar comentarios en relación con todos los requisitos que plantea esta causa justificativa. El primero y más evidente es que en un contrato cuya duración prevista no puede exceder de un año, la posibilidad de que concurren circunstancias que no se hubieran podido prever en el momento de la adjudicación son reducidas (no imposibles, como se ha comprobado con el COVID-19). El examen de la concurrencia de esas circunstancias será más restrictivo si cabe que en otros supuestos. En segundo lugar, esta causa justificativa no permite modificaciones que alteren la naturaleza global del contrato. Como decíamos antes, ese criterio debe entenderse desde un punto de vista licito-céntrico y no tanto respecto a la magnitud de la modificación (que aquí tiene su propio límite: que la cuantía no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido).

Por último, la LCSP permite modificaciones no sustanciales (art. 205.2.c LCSP), sin que aquí tampoco se prevea una restricción dirigida a los contratos de menor cuantía. Estas modificaciones exigen una justificación reforzada de su necesidad, así como una explicación de por qué no se incluyeron en el contrato, sin que esta última exigencia pueda equipararse a un requisito de imprevisibilidad.

36. El propio artículo establece como ejemplo el caso en que el cambiar de contratista obligase al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a las inicialmente contratadas, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas.

Además, las modificaciones no sustanciales solo podrán llevarse a cabo si no concurre ninguno de los criterios de sustancialidad recogidos en el propio artículo 205.2.c LCSP. El que más relevancia tiene en el caso de contratos de menor cuantía es el que establece que será sustancial una modificación que “introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”. Aquí cabría subsumir toda aquella modificación que condujese a superar los umbrales establecidos para los contratos de menor cuantía, ya que en esos casos el procedimiento de adjudicación directa y carente de publicidad hubiera dejado de ser aplicable³⁷. En todo caso, la modificación de un contrato que no sea subsumible en el artículo 205.2.b LCSP todavía podría llevarse a cabo siempre y cuando sea subsumible en alguno de los demás supuestos habilitantes del artículo 205.2 LCSP.

3.2

Figuras afines a la modificación: cesión, revisión de precios y prórroga

El artículo 203 LCSP identifica un conjunto de figuras que, siendo propiamente una modificación del contrato, cuentan con un régimen legal diferenciado. Se trata de “la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución”. Vamos a repasar alguna de ellas a la luz de las necesidades de un contrato de menor cuantía.

Comenzando por la sucesión del contratista y la cesión, la LCSP no establece ninguna excepción a la aplicación del régimen general tanto a los contratos menores como a los contratos de menor cuantía de los PANAP. Por tanto, ese régimen general, que enseguida recordamos, será aplicable a estas figuras.

En el caso de la sucesión del contratista, todos los contratos del sector público deben estar a lo previsto en el artículo 98 LCSP. Como indica expresamente ese precepto, se trata de supuestos específicos (fusión, escisión, transmisión de ramas de actividad) en los que no se requiere una autori-

³⁷. Habrá que realizar un análisis caso a caso, ya que podría ocurrir que el órgano de contratación hubiera solicitado varias ofertas en un contrato que, en caso de no ser adjudicado por el procedimiento utilizado para contratos de menor cuantía, pudiera ser adjudicado a través de un negociado sin publicidad.

zación administrativa, sino que es suficiente “comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido”. Se trata, pues, de una comunicación *ex post*.

En el caso de la cesión, la LCSP contiene una regulación para los contratos administrativos (art. 214 LCSP), que es aplicable también a los contratos de los PANAP *ex artículo 319 LCSP*. En ambos casos la posibilidad de cesión debe estar prevista en la documentación contractual. En la práctica, los contratos de menor cuantía suelen negar la posibilidad de cesión o guardar silencio al respecto. En este último caso resultará discutible que pueda acudir al mecanismo de la cesión, ya que su previsión expresa en la documentación contractual es, como acabamos de señalar, un requisito establecido en el artículo 214 LCSP, que exige que la cesión sea “una opción inequívoca de los pliegos”.

Respecto a la revisión de precios, la posibilidad de ser aplicada a los contratos menores se ve afectada irremediablemente por la limitación establecida en el artículo 103.5 LCSP. Este precepto prevé que la revisión periódica y predeterminada (que es la única permitida si atendemos al artículo 103.1 LCSP) solo proceda “cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el importe ejecutado en el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión”. Esta limitación impide que los contratos menores puedan ser objeto de un procedimiento específico de revisión de precios.

Respecto a la ampliación del plazo, regulada en el artículo 195 LCSP, nada obstaría a su aplicación a los contratos menores cuando se trate de retrasos producidos por motivos no imputables al contratista. En esos casos se trata tan solo de conceder al contratista un plazo adicional que “será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”. El régimen de la ampliación de plazo –y sus limitaciones– solo es aplicable a los contratos administrativos. En el resto de contratos la libertad de las partes para acordar tal ampliación es mayor.

Cuestión distinta es la aplicación de la prórroga. El artículo 29.8 LCSP establece que “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”. Se prohíbe por tanto la aplicación de la prórroga a los contratos menores del artículo 118 LCSP. Cabe preguntarse si tal limitación aplica también a los contratos de menor cuantía adjudicados por los PANAP, regulados en el artículo 318 LCSP.

El artículo 29.8 LCSP, que prohíbe la prórroga en contratos menores, se remite expresamente al 118 LCSP, pero no al artículo 318 LCSP (y

este último no contiene ninguna remisión al artículo 118 LCSP, a pesar de que la técnica de remisión es intensamente utilizada al regular los efectos y extinción de los contratos adjudicados por los PANAP). La remisión del artículo 29.8 LCSP es muy precisa, como se observa a continuación:

“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”.

Por tanto, el legislador subraya que la prohibición de prórroga se refiere a los contratos definidos en el artículo 118 LCSP (los contratos menores de la Administración). Así pues, ni la interpretación literal ni la sistemática conducirían a que la prohibición de la prórroga fuese aplicable a los contratos PANAP. Sí lo haría, en cambio, una interpretación finalista de la regulación de los contratos de menor cuantía. A mi juicio, sin embargo, una ausencia de prohibición expresa aplicable debe decidirse a favor de la libertad de pactos que rige todo contrato del sector público.

3.3 Subcontratación

La LCSP contempla un régimen de subcontratación de los contratos administrativos en sus artículos 215 a 217 (con algunas especialidades para determinados contratos típicos). Ese régimen se aplica a los contratos de los PANAP ex artículo 319 LCSP.

Estos preceptos no incluyen ninguna especialidad en relación con los contratos de menor cuantía. Habrá que estar, pues, a las reglas generales de la LCSP. Lo que no cabe es pretender una prohibición de subcontratación en los casos de contratos de menor cuantía, ya que de haberlo querido así el legislador lo hubiera previsto expresamente. Una previsión que, por cierto, sería contraria al derecho de la Unión, que combate cualquier limitación injustificada y generalizada de la subcontratación³⁸.

Sí será posible que el documento contractual identifique cuáles son las prestaciones críticas que no pueden ser objeto de subcontratación (artículo 215.2.d LCSP).

38. En ese sentido hay que advertir que la subcontratación no puede estar limitada porcentualmente de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ahora positivizada en la norma española. Véase la línea doctrinal iniciada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2016, C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, ECLI:EU:C:2016:562.

3.4

La utilización del contrato de menor cuantía como mecanismo para paliar los problemas en la ejecución de otros contratos

Antes de concluir, puede resultar útil al lector que el trabajo aborde, siquiera brevemente, una situación que, en la práctica, se plantea de manera recurrente. Nos referimos aquí a la utilización del contrato de menor cuantía como un instrumento para solucionar problemas que ocurren durante la ejecución de otros contratos. Estamos pensando, en particular, en dos situaciones: (i) acudir al contrato de menor cuantía para completar aquellos aspectos necesarios para una más completa ejecución de otro contrato; y (ii) utilizar el contrato de menor cuantía como un medio para prolongar un contrato –normalmente de servicios– el tiempo necesario para adjudicar un nuevo contrato que dé continuidad a la prestación de servicios.

En relación con la primera de estas prácticas, se trataría de utilizar el contrato de menor cuantía como una alternativa a la modificación del contrato principal. Pues bien, *a priori* esta opción no será jurídicamente viable, en la medida en que la LCSP ha previsto una vía específica para modificar el contrato, con unos límites que deben ser observados. Acudir a un contrato de menor cuantía para eludir la aplicación de tales límites podría ser considerado un fraude de ley³⁹.

A una conclusión distinta se llega si las necesidades que se pretenden adjudicar no guardan relación con el contrato preexistente o, por utilizar la terminología aplicada en este ámbito, en el supuesto de que las prestaciones pertenezcan a una unidad funcional diferenciada⁴⁰. En ese caso nada obstaría a la celebración de un contrato menor (de la misma manera que, si ya preexistiese un contrato menor, sería posible que el contratista acudiese a licitaciones posteriores del mismo órgano de contratación).

Una conclusión similar se alcanza en relación con la segunda de las cuestiones, esto es, utilizar la contratación menor como remedio para prolongar un contrato el tiempo necesario para adjudicar un nuevo contrato que dé continuidad a la prestación. Esta es una alternativa a una mala práctica habitual como es acordar la prórroga forzosa o, directamente, acudir a una prórroga tácita (actualmente vedada por el ordenamiento, pero en la práctica más co-

39. En términos similares se pronuncia el Informe núm. 1/2019, de 9 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: “Comenzando por los contratos de cafetería, la primera de las hipótesis que debemos valorar es que se trate de prestaciones que hayan sido demandadas por la Universidad, pero que no estuvieran previstas ni incluidas específicamente como parte de un contrato preexistente. En este supuesto sería necesario proceder a una nueva licitación porque otra solución implicaría incluir las nuevas prestaciones en un contrato que no las contenía y no puede sostenerse jurídicamente”.

40. Respecto a este concepto, ver Arenas Alegría (2019).

mún de lo deseable). Se trata de una alternativa que no tiene reconocimiento expreso en el ordenamiento y cuya viabilidad jurídica sería cuestionable por las mismas razones que en el caso anterior: se trata de la modificación de un elemento del contrato preexistente –en este caso el elemento temporal– que elude la aplicación de las normas generales en relación con la prórroga.

4

Conclusiones

En las páginas anteriores se han repasado algunas cuestiones relevantes de la fase de ejecución a la luz de las necesidades y limitaciones del contrato de menor cuantía.

El régimen de ejecución de los contratos de menor cuantía, ante la habitual ausencia de regulación contractual detallada en los pliegos, viene determinado en gran medida por la LCSP y por la voluntad de las partes en aquellas cuestiones que se sitúan al margen del derecho necesario de la norma (un derecho necesario que se presenta con mayor intensidad en el caso de los contratos menores administrativos que en el de los contratos de menor cuantía de los PANAP).

Como se ha comprobado en este trabajo, en la mayoría de cuestiones relativas a la ejecución del contrato, la LCSP no contiene especiales restricciones por el hecho de tratarse de contratos de menor cuantía (sí lo hace, por ejemplo, con la prórroga, que prohíbe expresamente en el caso de contratos menores del art. 118 LCSP). Por tanto, ante la ausencia de previsiones específicas debe concluirse que en la ejecución de los contratos de menor cuantía habrá que estar a las previsiones generales aplicables a otros contratos. Ello no obsta para que, en la aplicación de esas previsiones generales, se haya de atender a la especial naturaleza de los contratos de menor cuantía. Son esas especialidades, más prácticas que normativas, las que se han tratado de abordar en el presente trabajo.

5

Bibliografía

Arenas Alegría, C. C. (2019). Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.

Arrowsmith, S. (2015). *The law of public and utilities procurement* (3.^a ed.). Londres: Sweet & Maxwell.

- Canales Gil, Á., Huerta Barajas, J. A., Canales Menés, P. y Huerta Mérida, C. (2022). *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*. Madrid: BOE.
- Canales Gil, Á. y Huerta Barajas, J. A. (2018). *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*. Madrid: BOE.
- Codina García-Andrade, X. (2014). La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas. *Revista Española de Derecho Europeo*, 50, 73-101.
- (2019). *La modificación de los contratos del sector público*. Madrid: BOE.
- De Mars, S. (2013). The limits of general principles: a procurement case study. *European Law Review*, 38 (3), 316-334.
- Gallego Córcoles, I. (2015). La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. *X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi - Universidad de Zaragoza.
- Gavilán López, J. (2023). Los últimos problemas prácticos del contrato menor. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63.
- Giannelli, A. (2012). *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Hart, O. y Moore, J. (1988). Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica*, 56 (4), 755-785.
- (2008). Contracts as Reference Points. *The Quarterly Journal of Economics*, 123 (1), 1-48.
- Horgué Baena, C. (1997). *La modificación del contrato administrativo de obras*. Madrid: Marcial Pons.
- (2018). Modificación de los contratos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo III, pp. 2259-2312). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Fernández, J. M. (2017). La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20.
- Vázquez Matilla, J. (2015). *La modificación de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.