



Informe 26/2023, de 18 de julio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Materia: Posibilidad de establecer en el PCAP cláusulas por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicio de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado a tanto alzado.

ANTECEDENTES

El Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Desde esta Dirección General del INSS se formula la siguiente consulta ¿se puede establecer en un pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicio de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado en un tanto alzado? Tras el estudio de la materia y ante la falta de pronunciamientos, consideramos conveniente el traslado de esta cuestión a esta Junta Consultiva.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 242.4. i) 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 (en adelante LCSP), dispone que:

“No tendrán la consideración de modificaciones:

i. El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra”.

Así mismo, el artículo 160.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), dispone que: “Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido”.

De estos dos artículos se desprende que el exceso de mediciones no tendrá la consideración de modificación del contrato de obras siempre que no represente un incremento superior al 10% del precio del contrato inicial.

Si bien, estos preceptos regulan los excesos de medición en los contratos de ejecución de obras, nada se dice de los contratos de servicios complementarios de los contratos de obras.

Conforme al artículo 29.7 de la LCSP, “Ha de entenderse por contratos complementarios aquellos que tienen una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones a las que se refiera dicho contrato principal”.

Por lo tanto, el contrato de redacción del proyecto y dirección de la obra podrá entenderse complementario al contrato de ejecución de obra, ya que tiene una relación

de dependencia de este, y su objeto se considera necesario para la correcta realización de la prestación.

Respecto a los excesos de mediciones en los contratos de servicios, debemos estar a lo establecido en el artículo 309.1 de la LCSP, que dispone que:

“El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato”.

En consecuencia, en los contratos de servicios en los que se determine el precio mediante unidades de ejecución no tendrán la consideración de modificaciones los excesos de mediciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP). Sin embargo, no se hace alusión alguna a si cabe la posibilidad de reconocer los excesos de mediciones en contratos de servicios en los que la determinación del precio se realice a tanto alzado.

Teniendo lo anteriormente expuesto en cuenta, la duda que se nos plantea es si se puede establecer en el PCAP una cláusula en la que se reconozcan excesos de medición en los contratos de servicio de redacción del proyecto y dirección de obra en

los que el precio se ha determinado a tanto alzado o por el contrario estaríamos hablando de una modificación contractual.

Respecto a si los excesos de medición en contratos de ejecución de obras son una modificación contractual, parece que la intención de la normativa de contratación pública siempre ha sido la de no considerar los excesos de medición una modificación en sentido estricto.

Ya en 1970, la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de las obras del Estado, aprobado mediante Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre disponía que “Ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente”, y continúa el párrafo siguiente señalando que “Se exceptúan de estos trámites aquellas modificaciones que, durante la correcta ejecución de la obra, se producen únicamente por variación en el número de unidades realmente ejecutadas, sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto, las cuales pueden ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior al diez por ciento del precio del contrato”. El contenido básico de esta cláusula se incorporó más adelante al artículo 160 del RGLCAP antes citado y actualmente se regula en el artículo 242.4. i) de la LCSP.

Respecto al reconocimiento de estos excesos de medición en los contratos de dirección de obras cuyo precio se ha establecido a tanto alzado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno Canario considera en su informe 2/2008 que no resulta procedente que el director facultativo facture honorarios por la liquidación de la obra al margen del precio pactado en el contrato.

Parece evidente que los excesos de medición en los contratos de ejecución de obra no se consideran por la legislación una modificación contractual, pero la ley no se pronuncia al respecto de si tendrán esta consideración en los contratos de servicios

complementarios a la obra en los que el precio se ha determinado a tanto alzado y no mediante unidades de ejecución.

No obstante, si se incluye una cláusula en los PCAP con el contenido anteriormente descrito, entendemos que es de plena aplicación y no solo porque están debidamente informados por el Servicio Jurídico correspondiente sino también por los siguientes motivos:

En primer lugar, debemos estar a la regulación legal de los mismos, el artículo 139.1 de la LCAP establece: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

Por lo tanto, los licitadores al presentar las proposiciones y concurrir en el procedimiento de contratación, están aceptando incondicionalmente la totalidad de las cláusulas del PCAP, sin salvedad ni reserva alguna.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales entre otras en su resolución nº 6/2016, de fecha 12 de enero de 2016, que indica que “es indudable concluir que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación, tiene en ésta valor de ley, sin que en ningún caso deba extraerse la conclusión de que habrá de estarse sólo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Es decir, el pliego es ley entre partes. Por ello, en la cláusula 2.3 de los pliegos tipo del servicio de redacción de proyecto y dirección de obra del INSS se recoge una prelación

en el supuesto de que surjan contradicciones de contenido entre los diversos documentos que rigen el servicio:

- *Pliego de prescripciones técnicas (PPT).*
- *Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).*
- *Contrato que se suscriba.*
- *Proposición formulada por el licitador.*

En los PCAP de algunas administraciones, se han venido reconociendo los excesos de medición en los contratos del servicio de dirección de obra por entender que este contrato es complementario al de la obra ya que tiene una relación de dependencia de este, y su objeto se considera necesario para la correcta realización de la prestación.

Esta idea se potencia con lo establecido en el artículo 241.3 c) que dispone: “Que el precio correspondiente a los elementos del contrato o unidades de obra contratados por el sistema de tanto alzado con precio cerrado sea abonado mensualmente, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda guarde con el total de la unidad o elemento de obra de que se trate”.

Presumiéndose de este artículo una proporcionalidad entre la obra que se va ejecutando y el trabajo de dirección de obra realizado por la dirección facultativa.

Así mismo, el artículo 102.3 de la LCSP establece que “los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

Teniendo en cuenta el contenido de este artículo, se configura como un deber de los órganos de contratación velar porque el precio sea adecuado para el efectivo

cumplimiento del contrato, y al ser el servicio de dirección de obra complementario al de ejecución de la obra, parece razonable reconocer excesos de medición también en un contrato de servicio de dirección de obra, independientemente de si el precio se ha establecido a tanto alzado.

Como conclusión, aunque la ley no lo prohíbe, tampoco contempla expresamente, el reconocimiento de los excesos de medición en estos casos, por lo que consideramos conveniente plantear esta consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social formula una consulta al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

La cuestión se refiere a si se puede establecer en un pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicio de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado a tanto alzado, a la vista de lo previsto en el artículo 309.1 y concordantes de la LCSP. A lo largo del escrito el órgano consultante realiza diversas consideraciones sobre el carácter complementario de estos contratos respecto a los de obra, del régimen aplicable a los excesos de mediciones en este último contrato y sobre la posibilidad de reconocer en los pliegos excesos de medición también en un contrato de servicio de dirección de obra, independientemente de si el precio se ha establecido a tanto alzado

concluyendo que, aunque la ley no lo prohíbe, tampoco contempla expresamente el reconocimiento de los excesos de medición en estos casos, por lo que ha considerado conveniente plantear la consulta.

2. Se ha de señalar, en primer término, que el contrato de servicio de redacción de proyecto y dirección de obra es un contrato de servicios y en cuanto tal, aunque por su propia naturaleza sea complementario de un contrato de obras, su régimen jurídico es el del contrato de servicios. Como tal, ha sido objeto de atención específica en el apartado 4 del artículo 308 de la LCSP, añadido a este artículo por la disposición final 1.4 de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, que establece los requisitos para la contratación conjunta de la redacción del proyecto y la dirección de la obra en los términos siguientes: *“Podrá contratarse de forma conjunta la redacción de proyectos y la dirección de obra cuando la contratación separada conlleve una merma en la calidad de las prestaciones objeto del contrato, dificultando la coordinación y continuidad entre la fase de redacción del proyecto y su ejecución en obra. El órgano de contratación motivará debidamente en el expediente que concurren estas circunstancias”*.

En su virtud, el régimen de determinación del precio y de ejecución del contrato será el previsto en el Capítulo V del Título II del Libro Segundo de la LCSP, entre cuyos artículos está el citado artículo 309, apartado 1, que constituye el artículo en torno al cual se formula la consulta y que establece lo siguiente:

“El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato”.

3. En el citado artículo, junto a la regulación de los posibles sistemas de determinación del precio a incluir en los pliegos de estos contratos, se regula un aspecto relacionado con la ejecución del contrato cual es la no consideración de modificación contractual de determinadas variaciones producidas durante la correcta ejecución del contrato siempre y cuando se cumplan determinados requisitos: que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución; que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares; que la variación se produzca durante la correcta ejecución de la prestación; que la variación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas; y, finalmente que las variaciones no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.

Este precepto tiene su regulación paralela en la de los excesos de mediciones de los contratos de obras regulados en el 242.4.i) de la LCSP y en lo dispuesto para el contrato de suministros en el artículo 301.2 de la misma norma. Como ya señaló esta Junta Consultiva en sus informes 27/2012 y 85/18, respecto al contrato de obras, estamos en presencia de supuestos específicos, dotados de una regulación expresa, que tienen por finalidad facilitar la ejecución de los contratos al margen del régimen general de los modificados de los contratos y cuya regulación responde a las exigencias propias de cada tipo contractual.

Todos estos supuestos tienen como rasgo común su no consideración de modificación contractual, no obstante la concurrencia de un elemento característico de las modificaciones como es la existencia de variaciones en la ejecución del contrato respecto a las fijadas inicialmente en el mismo. En tales casos, concurren los requisitos en ellos previstos, se produce el efecto de la no aplicación de los preceptos relativos a las modificaciones de los contratos tanto en lo que se refiere a sus aspectos sustantivos como procedimentales (artículos 203 a 207 de la LCSP).

Por ello, y dada la excepcionalidad de su no consideración como modificaciones, sólo cabe su aplicación en los casos y con los límites establecidos específicamente para cada tipo contractual.

Entre los requisitos mencionados, y por lo que al artículo 309 de la LCSP concierne, el primero de ellos se refiere al sistema de determinación del precio del contrato de servicios siendo que sólo procederá la aplicación de este régimen excepcional "*En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución*". Por ello, y dado el carácter excepcional respecto al régimen general de modificación de los contratos según lo expuesto, cabe interpretar que sólo en los contratos de servicios en que la determinación del precio se realice de esta manera resulta posible aplicar este artículo siempre y cuando se cumplan los demás requisitos. En consecuencia, quedan excluidos de la aplicación de este artículo los contratos de servicios en los que no concurra esta circunstancia, como son los contratos en los que el precio está determinado en un tanto alzado, cuyos pliegos no podrán incluir una previsión al respecto dado que, si bien éstos son ley rectora del contrato, han de estar siempre subordinados a la ley.

Finalmente, cabe aclarar que esta conclusión no quiere decir que en estos contratos no pueda reconocerse la posibilidad de realizar prestaciones adicionales a las previstas inicialmente. Interpretando *sensu contrario* el citado artículo 309.1 de la LCSP lo que

implica es que, en estos casos, y con independencia del incremento de gasto que supongan las unidades de prestación adicionales sobre las previstas, éstas tendrán la consideración de modificados y, en consecuencia, deberán tramitarse como tales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 203 a 207 de la LCSP.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- No se puede establecer en un pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicios de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado en un tanto alzado.
- La aplicación del artículo 309, apartado 1, segundo párrafo de la LCSP, que reconoce la no consideración de modificación a la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, queda circunscrita a los contratos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, siempre que se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares y no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.