

El valor estimado y el 10 por ciento de liquidación en el contrato de obra...y en el de suministros y servicios

06/30/2022

Manuel Ruiz Daimiel

Una reciente resolución de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contradice la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la no inclusión del llamado 10 por ciento de liquidación del contrato de obras entre los conceptos que determinan el cálculo del valor estimado. La cuestión controvertida se extiende a las figuras similares introducidas por la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 para los contratos de suministros y servicios.

Una reciente resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha vuelto a poner sobre el tapete, la cuestión del denominado 10 por ciento de liquidación en el contrato de obras y su inclusión en el cálculo del valor estimado del contrato.

Recordemos que el denominado coloquialmente, aunque erróneamente, 10 por ciento de liquidación y regulado en el artículo 242.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se refiere a aquellos excesos de medición que se dan en las obras respecto de las unidades previstas inicialmente en el proyecto. Si en el momento de efectuarse la medición final de la obra, hay un exceso de unidades de obra ejecutadas respecto de las previstas inicialmente en el proyecto, y el importe de aquellas no supera el 10 por ciento del precio inicial del contrato, se abonarán las mismas al contratista en la certificación final sin que tengan la consideración de modificación del contrato. De ahí el error en la denominación, pues la certificación final de la obra no es la liquidación de la obra, acto que como es sabido tiene lugar con posterioridad, en concreto a la finalización del periodo de garantía. Conviene igualmente resaltar que ese exceso de unidades ejecutadas debe corresponder a unidades previstas en el proyecto, no a nuevas unidades introducidas durante la ejecución de la obra sin el correspondiente expediente de modificación.

La pregunta es ¿ese 10 por ciento computa para el valor estimado del contrato? La cuestión no es baladí, pues el valor estimado del contrato determina muchas cosas, entre otras el procedimiento de adjudicación del contrato y en el contrato de obras la categoría de la clasificación, que permitirá optar a una o a otra empresa al contrato.

A preguntas del Interventor General de la Administración del Estado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informó en 2008¹ que el 10 por ciento de liquidación no debía tenerse en cuenta para el cálculo del valor estimado del contrato y ello porque *“la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna. En su consecuencia, aunque sean frecuentes, no forman parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato.”* Es decir los excesos de medición no forman parte del contrato. Este

criterio se ha mantenido por la Junta Consultiva en su informe 85/2018.

¿Y qué dice ahora el Tribunal Administrativo Central? Pues en su resolución 1516/2021, nos dice que el 10 por ciento de liquidación debe tenerse en cuenta para el cálculo del valor estimado porque “*este posible incremento del diez por ciento sobre el precio inicial debe considerarse como parte del precio que podrá satisfacerse*”. Es decir el 10 por ciento sería uno de los componentes del precio del contrato.

Y a todo esto ¿qué dice la ley sobre el valor estimado? Pues lo primero que hay que señalar es que la LCSP no define el valor estimado, si bien de manera indirecta se puede entender que sería el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación². Es decir, una estimación inicial que hace la Administración en el momento de preparar el expediente de contratación, sobre todos los posibles compromisos económicos que puedan darse en la vida del contrato.

Lo que sí nos dice la Ley, en el apartado 2 del artículo 101, es que debe tenerse en cuenta, con carácter general, para el cálculo del valor estimado:

1. Como mínimo los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial; es decir el presupuesto base de licitación sería el mínimo que integra el valor estimado. Y además,
2. Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
3. Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos³.
4. El importe máximo de las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la LCSP.

A continuación, a lo largo del artículo 101, se recogen otros conceptos que integran el valor estimado en función del tipo de contrato. Así, para el contrato de obras, el apartado 8 nos dice que “el cálculo del valor estimado debe tener en cuenta *el importe de las mismas* así como el valor total estimado de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.”

No parece que el apartado segundo del artículo 101, establezca un *numerus clausus*, por lo que nada obsta a que se puedan incluir otros, siempre, eso sí, que tengan acomodo dentro del importe total pagadero, que es lo que define el valor estimado. Por lo que todo importe pagadero es valor estimado.

A lo anterior habría que añadir el misterioso concepto de “opción eventual”. Qué es una “opción eventual” la ley no nos lo dice y no se vuelve a mencionar fuera del artículo 101, aunque parece lógico suponer que se trataría de opciones con contenido económico.

Así que tenemos las tres piezas del rompecabezas: la doctrina de la Junta Consultiva que considera que el 10 por ciento al no formar parte del contrato no computa para el valor estimado, una resolución del TACRC que considera que ese 10 por ciento puede formar parte del precio y sí cuenta para el valor estimado y la regulación del valor estimado en el artículo 101 de la LCSP. Una de las dos primeras no encaja en la última. ¿Cuál es?.

Visto lo anterior, resulta difícil de entender, y compartir, el criterio de la Junta Consultiva. ¿Por qué no tiene encaje el 10 por ciento de liquidación en el valor estimado? Porque no forma parte inicialmente del contrato. Bien, pero tampoco la posible prórroga, que sería un nuevo contrato

aunque se mantengan las mismas condiciones, o el modificado previsto, y mucho menos las primas, que no son contraprestaciones contractuales, sino incentivos a la participación en un procedimiento administrativo. ¿No entra dentro del importe total pagadero estimado, una cantidad que se tiene que retener presupuestariamente en el momento de la adjudicación si el contrato de obra es plurianual⁴? ¿Para qué se retiene un crédito presupuestario sino para hacer frente a obligaciones económicas de la Administración? ¿No forman parte del valor estimado las posibles obligaciones económicas a las que tenga que hacer frente la Administración contratante como consecuencia del contrato? Más aún, ¿no tendría acomodo el 10 por ciento de liquidación en el importe de las obras al que hace mención el apartado 8 del artículo 101? En el momento de fijar el valor estimado no sabemos cuál será ese importe, hacemos una estimación en función del presupuesto de la obra ¿no es razonable incluir en esa previsión sobre el importe de la obra una partida tan importante y frecuente como el 10 por ciento de liquidación?.

El problema de la doctrina de la Junta Consultiva es que no tiene en cuenta la previsibilidad, que es uno de los elementos del valor estimado. No estamos ante certezas sino ante previsiones, estimaciones, de contenido económico, por eso yerra cuando para fundamentar su opinión contraria sostiene que “no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan.”

En definitiva, en mi opinión, no hay razón alguna para considerar que el 10 por ciento de liquidación no formaría parte del importe que se estima por el órgano de contratación que podría pagarse como consecuencia del contrato. Y ¿qué ocurre con el 10 por ciento adicional o de liquidación que ha introducido la ley de 2017 para los contratos de suministro y servicio? Tras cuatro años de su entrada en vigor son muchas las dudas que plantea su aplicación, no siendo la menor de ellas, la misma que la de su hermano mayor de obras ¿computa para el valor estimado? Veamos que nos dice la ley de contratos.

El artículo 301 de la LCSP para los contratos de suministro con precios unitarios, dispone que “se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.” A primera vista se puede deducir de esta previsión legal:

1. Que el incremento del número de unidades a suministrar respecto de las previstas en el contrato tiene la consideración de modificación imprevista no sustancial contemplada en el artículo 205.2. c) 3º, si no supera el 10 por ciento del precio del contrato⁵.
2. Que se requiere retención de crédito por importe del 10 por ciento en el expediente originario, es decir en el momento de su aprobación, que coincide con el acto presupuestario de aprobación del gasto.
3. Que así se haya *previsto* en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

¿No estaríamos ante una estimación de una posible obligación económica derivada del contrato, una previsión recogida en el pliego? ¿No sería ese 10 por ciento parte del importe total estimado pagadero? Parece que la contestación a estas preguntas solo puede ser afirmativa.

En cuanto al contrato de servicios, el artículo 309.2 establece que si la determinación del precio se realiza 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.” A diferencia del supuesto similar del contrato de suministros:

1. El exceso de unidades de ejecución sobre las previstas en el contrato, no tiene, al igual que en el caso de obras, la consideración de modificado.
2. No se exige retención de crédito.
3. Sí se exige que se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Que estamos ante una previsión no puede haber ninguna duda, ya que se exige preverlo en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y que esta previsión es de contenido económico tampoco es discutible. Previsión y contenido económico ¿valor estimado? Parece que sí.

Como conclusión a todo lo dicho, se puede afirmar que no hay razón aparente para considerar que el denominado 10 por ciento de liquidación de la obra, y sus hermanos pequeños de suministros y servicios, no encajen en el valor estimado entendido como importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación.

=====

¹Informe 43/08, de 28 de julio de 2008. Hoy Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

²Artículo 101. 1 LCSP. En el mismo sentido el artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE, así como sus precedentes legislativos, en concreto el artículo 86 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

³El artículo 160.2 LCSP prevé que para contratos de servicios en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos, pueda contemplarse primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta. También está prevista la posibilidad de estas primas para el diálogo competitivo (art. 173 LCSP).

⁴Artículo 47.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁵De lo que se desprende que el artículo 301 no sería de aplicación a los suministros en función de necesidades, ya que entraría en contradicción con la propia esencia de este tipo de suministros y con la regulación recogida en la disposición adicional 33ª que dispone la obligatoriedad de prever una modificación prevista para estos contratos, al igual que para los de servicios por unidades de ejecución estimadas.