
La figura del “Project management” en los contratos de obra y consultoría. Su aplicación a los contratos administrativos.

Francisco José Fernández Romero
Abogado.

Director de Asesoría Jurídica de Desarrollo Urbanístico de Sevilla (DUSE).

Sumario. 1.- Introducción. 2.- El Reconocimiento de la figura del Project Management en el Derecho Privado. 2.1. El Project como agente de la edificación. 2.2. El Project como una nueva figura de promotor. La consideración objetiva de sus prestaciones. 2.2.1. La responsabilidad del Project como agente de la edificación. 2.3. Las señas de identidad de la técnica contractual del Project. 2.3.1. El Project como contrato a riesgo y ventura. 2.3.2. El Project como contrato a precio cerrado. 2.3.2. El Project y la Lex artis aplicable: El contrato de Project basado en obligaciones de resultado. 3. La aplicación de la figura del Project Management en los contratos de las Administraciones Públicas. 3.1. La amplitud de prestaciones en el caso del Project sí pueden tener cabida en el contrato administrativo. 3.2. La determinación del precio. La posibilidad de incluir cláusulas de incentivo o minuyendo según la calidad de la prestación. 4. Conclusiones. El estado de la cuestión.

1. INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar una figura de enorme actualidad, pero sin embargo muy desconocida en su esencia y de poco tratamiento doctrinal¹ (ni legislativo). Mucho se habla en los sectores de la ingeniería y construcción de la figura del Project como técnica avanzada de conseguir unos determinados parámetros de plazo, precio y calidad en las obras y proyectos. En unos casos, dichas técnicas que aparecen como novedosas no son sino variantes del tradicional contrato de obra o de prestación de servicios regulados en el Código Civil. En otros casos, constituyen contratos atípicos con obligaciones de resultado.

Por lo expuesto, considero conveniente, si queremos determinar con precisión nuestro estudio, antes de pronunciarnos sobre la cuestión de si es posible aplicar la figura del Project a los contratos de la Administración Pública, argumentar con antelación sobre la configuración y caracteres de la figura, teniendo en cuenta que el origen de la figura está en el derecho privado de contratos.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL PROJECT MANAGEMENT (EN ADELANTE EL PROJECT O GESTOR DE PROYECTOS) EN EL DERECHO PRIVADO.

2.1. El Project como agente de la edificación.

El legislador español no reconoce explícitamente la figura del gestor de proyectos o del Project management como agente de la construcción.

1. En éste sentido, me remito al estudio que realizo en el libro denominado “Responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra: especial análisis de la acción directa de los que ponen su trabajo y materiales contra el dueño de la obra ex Artículo 1597 del Código Civil”. Editorial Hispalex. Sevilla, año 2006. ISBN 84-611-1298-9.

El proceso constructivo y la responsabilidad de los agentes que participan en él, están regulados en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, la “LOE”) y en el artículo 1.591 del Código Civil.

El artículo 8 del Capítulo III de la LOE define como agentes de la edificación (los “Agentes de la Edificación”) a “*todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación*”. En los artículos 9 a 16 de la LOE se identifica individualmente a cada uno: (1) promotor, (2) proyectista, (3) constructor, (4) director de obra, (5) director de la ejecución de obra, (6) entidades y laboratorios de control, y (7) suministradores de productos; y define sus funciones y obligaciones.

El llamado gestor de proyecto, o en terminología anglosajona “*project management*” es un nuevo sujeto entre los agentes de la edificación².

Al impulso de la creciente complejidad técnica y económica de la operación de edificación, y por influencia de prácticas y procedimientos experimentados en otros países, fundamentalmente del mundo anglosajón, se va afirmando³ *sobre todo cuando se trata de operaciones de cierta envergadura, la intervención en el proceso edificatorio de un nuevo agente que, en interés del promotor y contratado por éste, ofrece su pericia o especialidad en la aplicación de las modernas técnicas a fin de optimizar los objetivos de coste, plazo y calidad: se trata del «project manager» o gestor de proyecto.*

2.2. El Project como una nueva figura de promotor. La consideración objetiva de sus prestaciones.

La trascendencia que desde nuestro punto de vista y al objeto de nuestro análisis tiene esta figura necesita de una serie de consideraciones previas. Nos encontramos ante una figura difusa o imprecisamente perfilada, cuya prestación se reconduce, en esencia, a actividades de coordinación, supervisión y control, y también de gestión. Actividades todas ellas, que podrían entrar dentro del concepto de “promoción” establecido en la Ley de Ordenación de la Edificación.

Así el gestor de proyectos coordina y supervisa la obra, puede contratar directamente al contratista, al proyectista, o al Arquitecto de la obra, y además supervisar su cometido, se relaciona normalmente con la Administración, pudiendo incluso aparecer bajo la cualidad de “dueño de la obra”.

Es importante tener en cuenta que el gestor de proyecto presta sus servicios mediante contrato con la propiedad del suelo o de la edificación, con las consiguientes obligaciones y responsabilidades. Y además, el gestor de proyecto interviene, también, en el proceso edificatorio⁴.

2. CADARSO PALAU, J. *Gestores de Proyecto, Arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Tomo II. Thomson Civitas, 2003.

3. CADARSO PALAU, J. *op. cit.*, pág. 1525.

4. Ello puede incluso desencadenar responsabilidades legales que, como advierte en términos generales el artículo 17 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, resultan exigibles “*sin perjuicio de las responsabilidades contractuales*”. Dejamos apuntado este tema, si bien excede de nuestro estudio.

5. CADARSO PALAU, J. *op. cit.*, págs. 1529-1530.

Según establece la doctrina⁵, *“esa figura del gestor –su misión, para decirlo con más rigor– se encuentra difusa o imprecisamente perfilada”*.

En primer término, por la falta de una contemplación legal expresa en la disciplina específica del proceso de edificación: el gestor de proyecto está ausente de la relación específica de agentes de la edificación (otra cuestión es la contemplación legal genérica) que se contiene en la LOE.

En el plano contractual, las menciones que se hacen a la actuación del gestor en los instrumentos contractuales difundidos en la práctica oscilan entre el desordenado casuismo y las imprecisas generalidades. Aparece, así, caracterizado como:

- a) «Representante» de la propiedad «a todos los efectos técnicos y económicos».*
- b) «Asesor» de la propiedad en el diseño del proyecto y en las «actuaciones» que a aquella convengan en la «defensa» de sus intereses «frente a» los contratistas, profesionales y demás agentes de la edificación.*
- c) Encargado de la «supervisión» de la normativa de calidad y de los criterios adoptados en este ámbito por la propiedad.*
- d) Responsable de «gestionar» todas las «actividades» de consultores y contratistas en el «proceso de desarrollo» de un proyecto de construcción.*
- e) Se ocupa «materialmente» de «todos los factores relacionados con el proyecto», y de «iniciar todas las actividades necesarias», haciendo el «seguimiento y control» para «asegurar» el cumplimiento de los objetivos incluyendo el presupuesto, plazo y calidad.*
- f) Se le menciona como tercero actual o potencialmente «autorizado» o «designado» por la propiedad para recibir del arquitecto información, documentación, aclaraciones, o para formular «aceptaciones, inspecciones, objeciones» o «recomendaciones», o para realizar los trabajos de «control de costes y de calidad en la obra».*
- g) Se le encomienda, incluso, la decisión «vinculante» en caso de discrepancias a propósito de la emisión de actas o certificaciones, aunque unas veces esa vinculación se supedita al «acatamiento» por el arquitecto, bajo sanción de resolución en caso de negativa; otras veces, ni siquiera eso: el juicio del gestor, literalmente, «será inapelable».*

En suma, y por vía de síntesis, he aquí las actividades del gestor: asesoramiento, gestión, supervisión, control, coordinación, representación, decisión.

Comprobamos, así, que desde el punto de vista de las prestaciones que se le atribuyen, el gestor de proyectos puede actuar como agente de la edificación, al modo en que lo hace el promotor. Desde este punto de vista al gestor de proyecto le alcanzaría el ámbito de aplicación de los artículos 1591 y 1597 C.C.

En este sentido ha destacado la doctrina⁶ que *“En la evolución legislativa de nuestro Derecho de la construcción, la LOE se caracteriza por articular el régimen de obligaciones y responsabilidades partiendo preferentemente de la consideración objetiva de las «prestaciones», antes que la subjetiva o estatutaria de los*

6. CADARSO PALAU J. *op. cit.*, págs. 1530 y 1531.

«prestadores». En otras palabras, lo relevante en materia de atribución y distribución de responsabilidades es la función objetivamente desempeñada por los diferentes sujetos («agentes») intervinientes, más que el estatuto profesional y las respectivas competencias que por razón de dicho estatuto incumben o son atribuibles a cada uno de aquéllos.

Ciertamente que hay, en los primeros artículos de dicha Ley, un principio o esbozo de distribución de competencias entre los diferentes profesionales titulados: mero principio o esbozo porque, salvo alguna previsión muy concreta, las plurales referencias a los profesionales o técnicos eventualmente intervinientes van acompañadas de una simple remisión a la regulación, externa a la propia LOE, que disciplina las respectivas titulaciones, especialidades y competencias específicas (arts. 10 y 12, singularmente).

Así, a la hora de establecer las responsabilidades por defectos y daños derivados de la edificación, el artículo 17 de la Ley citada no admite equívoco en cuanto al carácter objetivo de la intervención en el proceso edificatorio que es determinante de tales responsabilidades. La responsabilidad civil que se establece en el artículo 17 lo es, según reza su rúbrica, de los agentes «que intervienen en el proceso de la edificación». Ciertamente que en diferentes apartados de dicho artículo se contienen singulares referencias a diversos agentes, como proyectistas, directores de obra, directores de ejecución de la obra (referencias singulares que, adviértase bien, lo son a cometidos o prestaciones, no a titulaciones profesionales). Pero lo decisivo es que, responsables a tenor de lo allí dispuesto, lo serán todos los agentes realmente intervinientes, aun cuando su actuación no encaje o coincida con alguna de las específicamente previstas en el propio artículo 17, o relacionadas en los artículos 9 y siguientes de la LOE: que no hay en éstos una relación cerrada y taxativa lo demuestra el tenor del artículo 8, que los precede, cuyo enunciado es inequívocamente genérico: «Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus responsabilidades vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención».

A la vista de los cometidos que, según se vió más arriba, en la práctica se encomiendan al llamado gestor de proyecto o Project, no cabe duda de su condición de agente de la edificación.

En primer término, es manifiesto que el Project asume, de manera destacada, funciones de supervisión, de control, de coordinación, que, genuinamente, se reconducen a la misión de dirección de obra.

Existe, por otro lado, en esta actividad algo más que específicas funciones de coordinación o control: hay una misión de organización general y de «orquestración». Pues bien: aquí tenemos una actividad de promoción en una de sus posibles facetas, quizá en su faceta más genuina⁷.

7. Cadarso Palau J, *op. cit.*, pág. 1532 dice que “El papel que en la operación de construcción cumple el que podríamos llamar promotor puro se define esencialmente por una función de organización e intermediación. Aparece este profesional cuando, por sus dimensiones, la construcción inmobiliaria deviene una operación especialmente compleja que requiere una precisa organización jurídica, técnica y financiera. El experto que a esta organización conviene es, justamente, el promotor. Que no se confunde, desde luego, con el “dominus” por cuya cuenta y en nombre del cual actúa, ni tampoco se equipara a los constructores con quienes contrata. La autonomía de su función se circunscribe a una tarea organizativa que, desde el punto de vista jurídico, puede concretarse tanto en la elección y adquisición del terreno (...); técnicamente, el promotor se encarga de elegir y contratar a los arquitectos y contratistas (respecto de los que tampoco es, pues no actúa por su cuenta ni en su nombre, dueño de la obra), al tiempo que solicita los oportunos permisos y licencias; en el orden financiero, se ocupa de la obtención de los créditos, primas y beneficios que a la fórmula elegida mejor convengan (...). Despliega, pues, una misión de conjunto que, si por una parte encuentra su albergue jurídico en el contrato de mandato, tampoco esconde la presencia de una obligación de resultado por cuya consecución percibe sus honorarios”.

2.2.1. La responsabilidad del Project como agente de la edificación.

Los tribunales habían ya reparado, en efecto, en sede de responsabilidad por vicios en la construcción que las funciones de intermediación, dirección y coordinación que, con vestidura de promotor u otras análogas, asumen ciertos operadores en el proceso constructivo, justifican la imposición de responsabilidad por vicios y defectos, ya por el hecho propio, ya por el hecho de los otros agentes, en razón, en este último caso, a la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del operador que les ha contratado, coordinado o controlado.

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 26 de enero de 2000 (AC 2000\59) reitera la doctrina de las de 12 de marzo de 1999 y 25 de mayo de 1999, según las cuales

«el promotor asume la responsabilidad de los trabajos ajenos ejecutados por las personas por aquél contratadas, ya que coordina los diferentes gremios intervinientes (...)». La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1990 ya afirmó la equiparación al contratista (a efectos de responsabilidad por vicios y defectos) de la sociedad que asumió la «dirección técnico-económica» de las obras (un «project manager», afirma el propio Tribunal Supremo), en base a su función intermediadora entre dueño y constructor, y en base a su culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

La culpa *in eligendo* aparece también como título de imputación de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 30 de diciembre de 1998, 3 de octubre de 1996 y 20 de noviembre de 1998⁸.

Pues bien, todo ese *corpus* de doctrina jurisprudencial elaborado con anterioridad a propósito de esos operadores que profesional o empresarialmente asumen funciones organizativas, de gestión, coordinación y control del proceso edificatorio, ha recibido consagración legislativa en la vigente Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación. Es decisiva, a este respecto, la disposición contenida en su artículo 17.4, en los términos siguientes:

«4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativa que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley [adviértase que, según el apartado 3, esa responsabilidad será exigible en todo caso, y solidariamente con los demás agentes eventualmente también responsables] se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Una primera conclusión, por tanto, es que esa referencia final expresa a otras figuras «análogas» puede habilitar la subsunción del Project o gestor de proyecto, en condición de legitimado pasivo, en el régimen de responsabilidad de la citada Ley, como agente de la edificación.

A continuación nos ocuparemos del contenido específico de esta figura como agente de la edificación, de sus señas de identidad.

2.3. Las señas de identidad de la técnica contractual del Project.

2.3.1. El Project como contrato a riesgo y ventura.

8. Mencionadas por CADARSO PALAUJ. *op. cit.*, pág. 1533.

Los elementos definitorios del Project no se contemplan en referencias jurisprudenciales, salvo alguna especificidad sobre el régimen de la acción directa del artículo 1597 C. C.

Hemos dicho al principio que la figura se origina en virtud de un contrato, y que como consecuencia de las prestaciones objetivas que contiene, constituye un agente de la edificación.

Para ahondar aún más, es particularmente interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 18 de octubre de 1999, (EDJ 1999/49633).

El dueño del suelo y beneficiario final de la obra formalizó contrato con un “gestor de proyectos” que contenía varias prestaciones.

En el mismo contrato se alude a que la edificación se va a llevar a efecto conforme al proyecto que redactará el propio gestor, que será también el contratista, comprometiéndose a la debida realización del conjunto de operaciones y trabajos necesarios y convenientes hasta la total terminación de obra en cuestión y la entrega de llave de las mismas habiendo formulado a tales fines el correspondiente presupuesto, aprobado por el dueño del solar.

En el contenido de dichos contratos entre los acuerdos o estipulaciones convenidas, destacan que el gestor ha de prestar los siguientes servicios:

- 1º. Ejecución del proyecto base y ejecución material.
- 2º. Contratación de dirección de obra de arquitecto.
- 3º. Contratación de dirección de obra de aparejador.
- 4º. Gestión y pago de licencia de obra.
- 5º. Contratación de la ejecución de cada específica obra de construcción, objeto singular de cada contrato, descritas en el expositivo previo.
- 6º. Tramitación y obtención de cédulas de habitabilidad de las viviendas.

También destaca el compromiso de ejecutar las obras con estricto sometimiento a las prescripciones del Proyecto arquitectónico que ambas partes conocen; que serán de exclusiva cuenta del gestor poner en disposición cuantos medios y elementos auxiliares sean necesarios para la debida marcha y ejecución de los trabajos, así como el cumplimiento de todas las obligaciones que con carácter general corresponden por razón de la propia naturaleza del contrato; y especialmente el contrato se conviene a riesgo y ventura del gestor por los precios presupuestados que no serán nunca objeto de revisión.

Afirma la Sentencia lo siguiente:

“(...) La modalidad de llave en mano, es contemplada desde antiguo en nuestra jurisprudencia y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1933, ya contempla alguna de sus consecuencias; contempladas así mismo por la doctrina certifica que el constructor, aportante siempre de los materiales, finaliza en el tiempo convenido y al dictado escrupuloso de un plano (entrega provista de licencia de apertura) y cuyo precio percibe normalmente contra la traditio, salvo pacto específico al respecto; de forma que esta modalidad aún guarda mayor similitud con la compraventa, en cuanto operaciones cerradas por razón de su respectivo objeto, diferenciándose que en el momento de la perfección contractual el objeto está por realizarse y por tanto abierta a un posible” ius variandi”.

Y respecto que el contratista sea a su vez el arquitecto redactor del proyecto, determinará que no pueda reclamar al "dominus", aquellos incrementos de obra o de gastos diversos, que sean consecuencia de su imprevisión a falta de actualización en sus conocimientos y que de habitual, conforme al tenor ordinario de la actuación en la profesión de arquitecto deban ser incorporados en el proyecto (...).

Esta última previsión permite a la Sentencia incluir un nuevo elemento definitorio de la figura: nos encontramos ante un contrato a tanto alzado.

2.3.2. El Project como contrato a precio cerrado.

Dice la sentencia que comentamos lo siguiente:

"(...) Entiende la doctrina por contrato a tanto alzado, dentro de los contratos de obra, aquel que comprende la totalidad o parte de un proyecto y cuyo precio, que es único o alzado, el comitente lo satisfará en atención a la obra pactada en su totalidad, como un conjunto global del resultado a obtener; siendo sus notas:

a) La invariabilidad y el carácter unitario del precio; circunstancia que lo asimila a los negocios de tracto único; lo que conlleva un riesgo económico que el contratista soporta y que le puede generar tanto pérdidas como ganancias; sin que las partidas que obran en el presupuesto necesariamente desglosadas para explicación y concreción de la obra pactada o justificación del precio unitario alcanzado, determinen alteración de la consideración de este precio global; de modo que salvo el pacto de su posible revisión, la vis atractiva propende contra su modificación.

b) Disociación entre precio y coste, sin exigencia de equilibrio matemático entre ambos conceptos, uno de índole jurídico y otro de naturaleza económica

c) dentro de la distribución del onus probandi, la prueba de pacto de precio alzado, cerrado o invariable incumbe a quien recibe la obra, el comitente y la existencia de novación modificativa por adiciones, incremento de volumen o calidades en la ejecución de la obra, al contratista

d) la delimitación del objeto de la obra, en esta modalidad contractual, viene dado por un proyecto vinculante; y en todo caso debe comprender todas aquellas operaciones que los usos y costumbres del lugar y la lex artis consideran comprendidas ordinariamente en el mismo; tanto documentales, de gestión como constructivas

e) cuando el aumento del coste, se deba a un error de medición que resulte directa o indirectamente de los planos, o por errores técnicos del proyecto, las consecuencias económicas del incremento del precio las asumirá el comitente, sin perjuicio de la acción de regreso contra el arquitecto; si el plano fuera correcto, el error de medición, lo sufrirá el contratista; y en caso de omisión de mediciones, la jurisprudencia atiende al mayor equilibrio de prestaciones entre las partes (STS 29-6-89).

SEXTO.- La circunstancia de que nos encontremos ante un contrato de esta naturaleza, a precio alzado o llave en mano, conlleva que el riesgo empresarial deba ser asumido por el contratista; determina, como afirma la demandada, que el contratista no pueda solicitar incremento de precio aunque bayan aumentado el de materiales y salarios.

Pero esta inalterabilidad del precio pactado, contiene una excepción en el propio texto del párrafo segundo del art. 1593 CC; cuando se introducen cambios en el plano, autorizados por el comitente, que generen aumento de la obra.

Así una constante jurisprudencia (ad exemplum, basten entre las más recientes las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1999, 3 de noviembre de 1998, 31 de octubre de 1998, 5 de octubre de 1998, 20 de marzo de 1998, 28 de marzo de 1996, 18 de abril de 1995, 24 de mayo de 1994, 21 de julio de 1993, 10 de junio de 1992).

Esta consideración de “precio cerrado” lógicamente sólo tiene como excepción, la que la propia Sentencia detalla:

(...) La invariabilidad del precio concertado carece de aplicación con arreglo al art. 1593 del Código cuando se altera el proyecto y se introducen cambios y mejoras constructivas que resultan demostradas y repercuten, incrementando el precio inicial.

En definitiva y como expresa el propio texto legal, siempre que concurre el triple requisito de:

- a) Cambios en el plano.*
- b) Que produzcan aumento de obra.*
- c) Siempre, claro está, que hubiera dado su autorización el propietario; entendiéndose la jurisprudencia por “aumento de obra”, ya el incremento del volumen de la construida, ya el un mayor valor de la ejecutada en razón de la superior calidad de los materiales empleados, e inclusive la adopción de específicos métodos de construcción que supongan un incremento en los costes.*

(...)”.

Recapitulando lo expuesto debemos decir que el Project tiene como finalidad asegurar a su riesgo y ventura determinados estándares de ejecución final de la obra, especialmente en lo que respecta al presupuesto de la obra. Ello además se extiende a otros dos aspectos: el plazo y la calidad.

Desde este punto de vista podríamos decir que el gestor o “Project” se compromete a ejecutar una obra o servicio con un determinado resultado: resultado que se objetiviza en tres elementos de la prestación a que se obliga: en el precio, en el plazo y en la calidad de la obra o proyecto.

Así contemplada la figura del Project o gestor de proyecto es un medio o técnica de asegurar un determinado resultado en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio de consultoría aplicado a dicha obra. Así, podríamos decir que el gestor de proyectos no es un agente más de la edificación: Su presencia y consideración supone contemplar una nueva seña de identidad de la figura, que pasamos a exponer:

2.3.3. El Project y la *Lex artis* aplicable: El contrato de Project basado en obligaciones de resultado.

El Project presupone un grado máximo de satisfacción en la prestación a la que se obliga: Desde este punto de vista mi opinión es que la *lex artis* aplicable al gestor de proyectos es lo que lo diferencia del resto de agentes de la edificación. Cabe definir la *lex artis*⁹ como “conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en ese caso concreto presumimos que llevaría a cabo el «buen profesional» y que se determinan para cada profesión y especialidad”.

9. PENNEAU, A; *Régles de L'art et Normes Techniques*. Paris, 1989, página 6.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de fijar el contenido y alcance de la «*Artis ad hoc*» en varias sentencias de entre las cuales destacamos aquí, entre otras, las de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2209), 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073), 2 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7405). Con ellas se consolida una línea jurisprudencial que establece las líneas o conceptos esenciales del término *lex artis*¹⁰:

1ª «Como tal "Lex" implica una regla de medición de una conducta a tenor de unos baremos que valoran dicha conducta.

2ª Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

3ª Técnica: los principios o normas de la profesión en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el *arte* personal de su autor o profesionalidad.

4ª El objeto sobre el que recae: según el campo de actividad del profesional y en atención a su especialidad: Arquitectos Superiores, Ingenieros Técnicos, Aparejadores, etcétera.

5ª Concreción de cada acto o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a este concepto *estándar*. Efectivamente, las circunstancias presentes en cada caso o supuesto concreto determinan o modulan de forma específica las posibilidades de actuación, es decir, las opciones posibles y las soluciones concretas adecuadas al contexto de la situación. Así pues, en toda profesión rige una "*Lex Artis*" que condiciona la corrección de su ejercicio y se modula merced a las circunstancias del supuesto.

Aplicando el concepto de *lex artis* al ámbito de nuestro estudio, considero que el *Project* o gestor de proyectos es una técnica contractual, (que se origina normalmente mediante contrato entre propietario de la obra, o promotor y *Project*) en virtud de la cual se PREFIGURAN O PREDISPONEN entre las partes criterios específicos de *lex artis* en el ámbito de la construcción. Dichos criterios se trasladan normalmente a tres datos objetivos, que se convierten en causa eficiente del contrato: el plazo, el precio y la calidad.

Lo anterior nos lleva a considerar una nueva derivada de la figura, y es que la figura del *Project* supone una evolución en la distinción entre las obligaciones de medio y resultado en el ámbito de la construcción: El *Project* en todo caso se configura como un contrato con prestaciones de resultado.

DÍEZ PICAZO¹¹ explica claramente la diferencia entre obligación de medios y obligación de resultado: «*En la prestación de actividad, el deudor se compromete únicamente a su esfuerzo y por consiguiente cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado. Si existe una actividad del deudor destinada a cumplir, habrá solo cumplimiento defectuoso en la medida en que no observe la diligencia normal. En cambio, si la prestación es de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella. Por eso, si hay actividad, pero no resultado, no habrá cumplimiento aunque defectuoso, sino verdadero y propio incumplimiento*».

La consideración de esta prestación como de resultado tiene una consecuencia o trascendencia económica: a medida que los estándares pactados (plazo y calidad) sean satisfechos, el *Project* estará más incentivado económicamente, puesto que su retribución será mayor. Y al revés, cabe contemplar un régimen de penalizaciones sobre el precio pactado, cuya concreción se base en la trascendencia del cumplimiento o no de los estándares de calidad mencionados.

10. Recogidas por OROZCO PARDO G. *La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora*. Aranzadi Civil, número 2/2006.

11. DIEZ-PICAZO. «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*». Madrid, 1996, Volumen 1, página 455.

Por todo ello, Y RECAPITULANDO, debemos concluir que la figura del Project es una técnica contractual basada en la imposición a una de las partes de obligaciones de resultado que se objetivizan en tres elementos del contrato: el precio cerrado, el plazo y la calidad, y cuya ejecución debe realizarse bajo las determinaciones de la *lex artis* aplicable en un grado máximo, que el Project ejecuta por sus propios medios y bajo su supervisión, y a su completo riesgo y ventura.

3. LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL PROJECT MANAGEMENT EN LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El derecho público español no reconoce explícitamente la figura del Project. Se podría decir en una primera aproximación, que la figura del Project tal como la hemos explicado en líneas anteriores, y tal como es entendida en el ámbito de la construcción y la consultoría, no “encaja” en el formato restrictivo de la legislación aplicable a las Administraciones Públicas.

En primer lugar, puesto que la Administración tradicionalmente (por esencia) no se desvincula de la ejecución del contrato (al modo en que sí lo hace en el régimen privado de la figura el *dominus* o dueño de la edificación), ostentando siempre la superior vigilancia.

En segundo lugar, la atribución al administrado de actuaciones globales o integradas (como lo son las del Project) por parte de la Administración Pública no concuerda fielmente con la necesaria concreción del objeto del contrato según la normativa de aplicación a los contratos administrativos típicos.

En tercer lugar, la certeza del precio como requisito del contrato administrativo puede chocar con sistemas de retribución que se basen en el cumplimiento o no de los parámetros de satisfacción pactados.

Reconozco, en ésta línea argumental que la situación actual es que los modelos de Project, al modo entendido (según lo expuesto) por el derecho Privado es en principio inaplicable en el Derecho Público¹².

El trasladar esquemas contractuales de Derecho Privado al derecho Público es una tarea compleja.

Mi intención en las próximas líneas es proporcionar desde mi experiencia en el sector de las Administraciones Públicas, determinados cauces de conciliación, y propiciar si son posibles vías de acercamiento, desde un punto de vista dogmático.

3.1. La amplitud de prestaciones en el caso del Project sí pueden tener cabida en el contrato administrativo.

12. A lo sumo, en una primera aproximación, podríamos considerar que muchas de las prestaciones del Project se encuadren dentro del contrato de consultoría, con carácter mixto en algunos casos con el de obra, regulados por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. (en adelante Ley de Contratos). Nos encontraríamos ante contratos que normalmente se denominan “de Dirección integrada de proyectos”, y que son contratos de consultoría y de asistencia (artículos 5.2.a y 196 y ss. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La configuración de los contratos administrativos no es tan flexible como en el Derecho Privado. Ni siquiera la labor de interpretación que puede realizar el órgano de contratación implica que pueda atribuir al contrato el alcance que estime oportuno, sino que en tal cometido ha de guiarse por criterios previstos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, a falta de disposición expresa en la normativa administrativa, ha de someterse a los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, que resultan predicables también respecto de los contratos administrativos.

Así lo ha expuesto en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, señalando que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar con carácter supletorio los principios establecidos en el Código Civil (entre otras, sentencias de 18 de julio de 1988, 16 de mayo y 6 de julio de 1990, 15 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1995, 11 de marzo de 1996 y 5 de junio de 2001).

La labor hermenéutica debe, pues, atender de manera primordial a la voluntad manifestada por las partes, que en este caso se encuentra limitada por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Contratos (*La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquella*).

A salvo los límites señalados, debe tenerse presente en éste sentido que el objeto del contrato, en caso de Project, tiene naturaleza "atípica", pero no por ello, contraria a derecho.

A pesar de que como ya he dicho en anteriores líneas la figura de Project en el ámbito del Derecho Público no está reconocida ni regulada, si debo dejar manifestado, que se ha producido un avance en la conceptualización de la figura, a nivel legislativo. Existe en nuestro Ordenamiento Jurídico (a nivel de Anteproyecto, en fecha 2006) una norma que a mi juicio sintetiza la figura, impulsando de esta forma su caracterización como contrato típico. Me refiero al Anteproyecto de Ley del Sector Público¹³, la cual en su artículo 11 denominado "Contratos de Colaboración entre el sector Público y el sector Privado", se expresa de la siguiente forma:

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o su gestión.*
- b) Fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*
- c) Otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado.*

13. Normativa que derogará la actual legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

2. *El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución.*

3. *La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.*

Sin duda, este artículo establece las señas de identidad de la figura del Project de una forma, a mi juicio, completa y homogénea.

Así, en primer lugar, denomina al contrato como de colaboración. *Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de una actuación global e integrada (...) necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público”.*

Como vemos, es una definición de la figura que guarda perfecta sintonía con la expuesta en líneas anteriores, cuando nos referíamos al régimen de derecho privado aplicable a la misma. La denominación de este tipo de contratos como de colaboración no es casual. La colaboración entraña “affectio societatis”, y por tanto entraña permanencia de la Administración en su labor de control y supervisión, si bien trasluce una situación contractual más dinámica por parte del administrado, al responsabilizarse de un resultado contractual, en el que “cobra” relieve la nota de explotación empresarial.

En éste sentido la relación entre las partes es distinta y más amplia que la de meros contratantes, adquiriendo especial relieve el contenido económico y organizativo de la relación.

Ello lo demuestra el hecho de que *“El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución”.*

En segundo lugar, con ésta regulación, si definitivamente permanece en el texto definitivo que se apruebe, no se constata impedimento para cumplir con el requisito de determinación del objeto contractual, a pesar de lo variado de las prestaciones que pueda contener la figura del Project. Así, *“La construcción o transformación de obras, (...), su explotación o su gestión. (...) prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. Otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado”.*

Es coherente dicha definición con el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de los Contratos de las Administraciones Públicas que afirma que *“El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación”.*

3.2. La determinación del precio. La posibilidad de incluir cláusulas de incentivo o minuyendo según la calidad de la prestación.

El artículo 11 del Anteproyecto de la Ley del Sector Público establece que *“La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.*

Debemos hacernos la siguiente pregunta, ¿es posible en éste momento, con arreglo a la normativa existente, determinar la contraprestación del contratista o consultor, bajo parámetros similares de cumplimiento de objetivos de rendimiento?. En suma, ¿Es compatible éste sistema de retribución con el requisito del precio cierto?

El requisito de certeza del precio viene determinado por el artículo 14 de la Ley de Contratos que establece *1. Los contratos tendrán siempre un precio cierto, (...) y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido (...).*

En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.

2. Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos que una Ley lo autorice expresamente.

3. La financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el periodo de ejecución.

(...)

A su vez, en los contratos de consultoría y asistencia, el artículo 202 de la Ley de Contratos vigente, al delimitar las actuaciones administrativas preparatorias de estos contratos, exige la fijación del sistema de determinación del precio en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Sistema que según el párrafo 2 de la Ley puede ser "precios referidos a componentes de la prestación, unidades de obra, unidades de tiempo o en aplicación de honorarios por tarifas, en un tanto alzado, cuando no sea posible o conveniente su descomposición o en una combinación de varias de esas modalidades".

En principio la modalidad de Project entraña un componente de aleatoriedad en la retribución del mismo, la cual en parte dependerá del cumplimiento de los estándares de calidad pactados, a satisfacción de la Administración, así como de la involucración del Project en el cumplimiento anticipado del plazo de ejecución y ahorro de costes. Ello, sin embargo no quiere decir que el precio en éste tipo de contratos no tenga el carácter de cierto, de acuerdo a las argumentaciones que voy a exponer a continuación.

A mi juicio el precio "cierto" no es exactamente igual que el precio "determinado". **En la técnica del Project el precio es cierto (no sometido al arbitrio de una de las partes, ni necesitado de un nuevo acuerdo) si bien no está determinado (aunque sí es determinable).**

Clarificador en éste sentido es el supuesto analizado por el Informe 50/2000 del Consejo Consultivo de Andalucía de 30 de marzo de 2000.

La cuestión que se suscita deriva de la interpretación que haya de darse a la cláusula 3.5 del Pliego de Cláusulas de Explotación que, se recuerda, es del siguiente tenor: «Las tarifas ofertadas podrán ser objeto de revisión en los términos y porcentajes que se determine por la Consejería de

Salud, mediante Orden publicada en el BOJA. En ningún caso, la revisión podrá superar el tipo máximo que en aquella norma se fije».

Con el fin de delimitar los términos de la discusión jurídica, puede centrarse el debate interpretativo del siguiente modo: frente a la idea de que la cláusula expresada viene a significar que el precio del contrato es determinable en función de la revisión de las tarifas que se acuerde por Orden de la Consejería de Salud, se sostiene, por el contrario, que tal disposición contempla una revisión del precio determinado fijado en el contrato y que, por ello, ha de entenderse de modo que las previsiones del artículo 104 de la Ley 13/1995¹⁴, sean respetadas. Expresado de otro modo: se trata de saber si la cláusula 3.5 es un medio para la determinación del precio o se refiere a una revisión del precio del contrato, en sentido estricto.

La discusión, desde luego, sería insostenible, si en la contratación administrativa sólo fuesen posibles precios determinados. Sin embargo, el debate es plenamente admisible toda vez que en los contratos administrativos el precio puede ser determinable, ya que el artículo 14 de la Ley 13/1995, referido al precio en los contratos administrativos, aunque exige que el precio de éstos sea cierto, nada establece expresamente acerca de que baya de estar determinado. Ahora bien, «para que el precio se tenga por cierto bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada», según dispone el artículo 1447 del Código Civil, aplicable al ámbito de la contratación administrativa en defecto de norma administrativa sobre el tema (art. 7.1 de la Ley 13/1995). Esto es, en el ámbito de la contratación administrativa sólo es exigible que, como en los contratos privados, no sea necesario un nuevo acuerdo para la fijación del precio. Queda así eliminada la cuestión relativa al precio cierto en los contratos, a la que constantemente se remite la Intervención para justificar su reparo, puesto que esa exigencia (art. 14 de la Ley 13/1995) no puede confundirse con la determinación del precio.

Pues bien, así delimitado el supuesto a examinar, la «revisión de tarifas» a que se refiere la cláusula 3.5 del Pliego de Cláusulas de Explotación constituye un instrumento para la determinación del precio del contrato y no una revisión del mismo. Tal conclusión se apoya en las siguientes consideraciones:

1.ª El tenor literal de la cláusula de cuya interpretación se trata que, al hablar de tarifas «ofertadas», de una parte, admite implícitamente su carácter fluctuante y, de otra, difiere la fijación del precio del contrato al momento de su aceptación.

2.ª La propia ubicación sistemática del apartado que contiene la previsión en cuestión. En efecto, no figura al tratar de la modificación del contrato en la cláusula 19, cuyo apartado 1 contempla la modificación del «precio que ha de ser abonado por la prestación del mismo», ni en cláusula autónoma. Por contra, aparece dentro del «presupuesto y precio», cláusula 3 del Pliego.

3.ª Las características del servicio prestado. En efecto, el transporte sanitario no es sólo un transporte en que el número de desplazamientos no sea previsible, sino en que el precio del carburante,

14. 1. La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 % de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 %, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión.

2. En ningún caso tendrá lugar la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra a que se refiere el artículo 14, ni en los contratos menores.

3. El Pliego de Cláusulas Administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego.

elemento fundamental del capítulo de costes, es fluctuante en el mercado. Eso aconseja pactar unas tarifas abiertas o determinables y no cerradas o determinadas, que sólo serían modificables a través de la figura de la revisión de precios (art. 104 de la Ley 13/1995).

Con ello no se están eludiendo las exigencias del artículo 104 de la Ley 13/1995, y no se están eludiendo sencillamente porque la premisa menor estudiada no es subsumible en la premisa mayor diseñada por aquel precepto. En la concepción de la cláusula 3.5 del Pliego la revisión de las tarifas por Orden de la Consejería de Salud lo que hace es justamente cumplir con sus previsiones, para culminar la tarea no completamente realizada en el Pliego, de determinar el precio del contrato. Dicho en otros términos, en opinión de este Consejo Consultivo los contratos en que se inserta la cláusula cuya interpretación se discute no tienen un precio determinado, que se trate ahora de revisar, sino que se trata de contratos cuyo precio se determina sólo en parte, remitiéndose a una Orden posterior para su fijación final.

Así pues, con tal tipo de cláusulas no se trata de arbitrar inadmisibles artimañas con la finalidad de eludir la operatividad del artículo 104 de la Ley 13/1995; ahora bien, tampoco cabe erigir al precepto en obstáculo para que la Administración pacte con los contratistas las condiciones que mejor se adapten a las singularidades de la actividad a desarrollar por aquéllos. La conciliación de ambos aspectos no requiere, en este caso, de sacrificios de uno en favor de otro, sino de una interpretación correcta del supuesto de hecho y del alcance regulador de los preceptos involucrados.

Por otro lado, la necesidad de atemperar el gasto a las exigencias presupuestarias, que se apunta en algún trámite del expediente, no sólo es un aspecto ajeno en sí a la cuestión suscitada, sino que para conseguir su satisfacción no es necesario idear límites a la contratación administrativa más allá de los estrictos requisitos legales, pues, entre otras cosas, la fiscalización del gasto que realiza la Intervención permite, justamente, alcanzar dicho objetivo".

Trasladando los razonamientos del Informe anterior a nuestro objeto de análisis, vemos por tanto que es posible, sin contrariar los límites de la libertad de pactos en el ámbito de la contratación administrativa, establecer un sistema de retribución o precio basado en la aplicación durante la ejecución del contrato de criterios numéricos según determinados hitos y parámetros de calidad. Sería tanto como prever en las cláusulas aplicables al contrato una prima -por ejemplo- de un 5% del presupuesto pactado a aquél Project que ejecutara con antelación una obra, o ahorrara del coste del presupuesto en su día contemplado determinadas partidas de obra, sin merma de la calidad. Dicha cuantificación se realizaría como una labor más (contenida en la genérica) de supervisión del contrato por la propia Administración.

4. CONCLUSIONES. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La cuestión que he expuesto, quizás, deberá ser objeto de futuras reflexiones. Nos encontramos en la actualidad ante una figura (la del Project) no suficientemente analizada, y por tanto, como consecuencia, deficientemente utilizada.

He tratado en este sentido, de anticipar criterios o reglas para fundamentar su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, sin perjuicio lógicamente de las especificidades concretas

que genere la práctica en un futuro inmediato, teniendo en cuenta la aplicación de la futura Ley del Sector Público, pero auspiciando una interpretación de la figura con los instrumentos legales actuales. Con independencia de ésta labor, si deseo finalizar estas líneas con una última reflexión: la figura del Project y su aplicación en la Administración Pública no sólo tiene un componente legal y jurídico importante. También requiere a mi juicio un cambio de mentalidad en el sector privado.

En general, la construcción de la obra pública se articula en base a una cierta “naturalidad” de que uno de los cometidos de la Administración es garantizar el pago del coste de las desviaciones o modificaciones de presupuesto y atemperar posibles desviaciones del plazo de ejecución en la obra. La figura del Project aporta una nueva visión del papel del sector privado en la ejecución de la obra pública: supone un compromiso “intrínseco” del sector privado con el interés público de la actuación.