

La indemnización de los gastos generales ocasionados durante la suspensión del contrato

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

La cuestión relativa a la “indemnización de los gastos generales” es un clásico de la contratación administrativa que, sin embargo, sigue planteando debate en torno a la manera de reclamar y de obtener el abono de los daños y perjuicios que la suspensión de la ejecución del contrato pueda suponer para la empresa contratista. Doctrina y Jurisprudencia llevan años reclamando una concreción del concepto; petición que la Ley actualmente vigente ha venido a atender en gran medida¹.

La indemnización de los gastos generales derivados de la suspensión del contrato de obras es un tema recurrente y tradicional en la doctrina administrativista cuyo régimen de funcionamiento no está, empero, exento de polémica.

La razón de ser de este principio clásico de la contratación pública descansa en el entendimiento de que los efectos onerosos de una situación que **no es imputable al contratista** – suspensión del contrato acordada por la Administración o retrasos derivados de circunstancias que le son ajenas - no pueden recaer sobre éste si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión. Asumida esta máxima, el debate gira en torno a la **evaluación de tales daños**, y su cuantificación.

¹ El régimen que se expone en este artículo es el régimen general, con exclusión del contenido en el artículo 34 del RD 463/2020 que es legislación excepcional derivada del Estado de Alarma declarado por la crisis sanitaria COVID-19.

El punto de partida para su análisis debe ser el de su **regulación legal**, pues ya desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 aparece, en las sucesivas normas reguladoras de la contratación pública, una previsión relativa a la necesaria indemnización al contratista de los daños y perjuicios derivados de la suspensión del contrato por parte de la Administración contratante².

Para que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una suspensión del contrato acordada – o no acordada de manera expresa pero soportada de manera efectiva aunque no se haya levantado acta al respecto³ – por la Administración contratante pueda prosperar, es preciso que los **conceptos indemnizables sean justificados y acreditados** por el contratista, lo que implica la aportación de los correspondientes **medios de prueba**, a partir de los que quepa razonablemente deducir la producción de un daño concreto y efectivo.

Así lo ha reiterado el Consejo de Estado en sus dictámenes, al advertir que *“el derecho invocado por el contratista sobre dicha base legal a cobrar los incrementos de costes directos e indirectos, así como sobre los gastos generales en que ha incurrido por suspensiones y aumento del plazo de ejecución ha de referirse a situaciones en que la Administración hubiera acordado la suspensión del contrato, siempre que la suspensión de los trabajos hubiera tenido lugar por causa imputable a ella y no al contratista. Asimismo, los conceptos indemnizables deberán ser justificados y acreditados por éste, lo que implica la aportación de los correspondientes medios de prueba, a partir de los que quepa razonablemente deducir la producción de un daño concreto y efectivo. (...) La justificación de las causas por las que el contratista formula su pretensión indemnizatoria debe contenerse en el escrito de reclamación presentado al efecto, en el que han de detallarse los hechos y las circunstancias que avalan su pretensión⁴.(...) Asimismo, es doctrina de este Consejo que los gastos generales no pueden indemnizarse de forma genérica o mediante porcentaje a tanto*

² Así se contemplaba en el artículo 49 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, el artículo 103.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 102.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001, el artículo 203 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el artículo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En todos ellos se prevé que, “acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este”. Una previsión parecida pero no idéntica se contiene en el artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público actualmente vigente, cuya regulación varía respecto de las anteriores como luego se verá.

³ El Consejo de Estado ha señalado en repetidas ocasiones (entre otros, en los dictámenes números 1.273/99, 552/2008, 1.066/2018 y 494/2019) que no es óbice para reconocer la correspondiente indemnización al contratista el hecho de que la Administración contratante no levantara acta de suspensión temporal de las obras, pues el derecho a la indemnización nace de la suspensión misma, siendo el acta únicamente un medio privilegiado de prueba de que dicha suspensión tuvo lugar.

⁴ Ha de recordarse en este punto lo señalado en la Memoria del Consejo de Estado del año 2004, en la que se decía que debía tratarse de evitar que la suspensión de los contratos fuera ocasión de lucro o beneficio para el contratista, exigiendo para ello la debida justificación de los gastos efectivamente sufridos por aquel, los cuales tendrían que guardar una relación directa con la suspensión, todo ello con la finalidad de evitar las negativas consecuencias que lo contrario puede tener para los intereses públicos.

alzado, sino que ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto material de ejecución” (dictamen 813/2019, de 21 de noviembre de 2019).

Este criterio partidario de la necesidad de **acreditar los gastos** en los que se ha incurrido de manera efectiva durante la suspensión – o durante los periodos derivados de los retrasos habidos – y de no admitir cantidades globales derivadas de la aplicación de porcentajes sobre el presupuesto de ejecución o el precio de adjudicación, late también en la jurisprudencia. Ejemplo de ello es la **Sentencia del Tribunal Supremo número 4120/2014, de 1 de octubre de 2014**, cuyo Fundamento Jurídico Cuarto analiza los requisitos que deben concurrir para reconocer un eventual derecho de indemnización y aborda en primer lugar la expresión *“daños y perjuicios efectivamente sufridos”* que utiliza el precepto legal y que interpreta en el sentido de que *“ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa”*. Añade que *“esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo. (...) por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior”*.

El mismo criterio se infiere a *sensu contrario* de la Sentencia 438/2018, de 13 de febrero de 2018, también del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección cuarta, fundamento jurídico quinto.

En definitiva, aun cuando durante mucho tiempo se ha planteado un debate acerca del reconocimiento o no de la aplicación de porcentajes sobre el presupuesto de ejecución del contrato como elemento determinante del cálculo de los gastos generales – en gran medida a consecuencia de la previsión contenida en el artículo 131 del Reglamento General de Contratación⁵ y de la insistencia del Consejo de Obras Públicas⁶ de acudir a la fijación de cláusulas porcentuales a tal fin – lo cierto es que la **exigencia de su acreditación efectiva** se infiere, no ya de la doctrina del Consejo de

⁵ El artículo 131 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que fija los gastos generales como un porcentaje del presupuesto de ejecución material de la obra, con independencia de la duración de la misma.

⁶ Así se puso de relieve ya en el número 1 de este GCSP, a principios del año 2008, al abordar el análisis de la indemnización de los gastos generales en los contratos de obras.

Estado y de la Jurisprudencia el Tribunal Supremo, sino en especial del cambio normativo operado al respecto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. A diferencia de todas las normas anteriores, en las que tan sólo se prevenía que “*acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente irrogados*”, el actual artículo 208 de la Ley 9/2017 dispone que:

2. *Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas:*

a) *Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:*

1.º *Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.*

2.º *Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.*

3.º *Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.*

4.º *Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.*

5.º *Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.*

6.º *Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.*

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.