

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público



Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2022 N.º 141

Cuantificación de los gastos generales mediante la aplicación de porcentajes: de nuevo el polémico tema

La Sentencia de la Audiencia provincial Madrid (sección 11 de lo Civil) de 21 de mayo de 2021¹, en la que el órgano jurisdiccional expresa que el perjuicio correspondiente a los gastos generales es imposible de individualizar y se manifiesta partidario del empleo de un porcentaje que se multiplique por las cantidades previstas a ejecutar y certificar que finalmente no tuvieron lugar, ha sido entendida por algunos como una posición que se aparta del criterio mantenido por la jurisprudencia durante los últimos años.

Como es sabido, una de las patologías más frecuentes y onerosas que enfrentan los contratos en general, y el de obras en particular, es la paralización temporal de su vigencia. La figura de la **suspensión** -y sus consecuencias- es un tema harto debatido por doctrina y jurisprudencia, pues lejos de ser una cuestión pacífica en su definición y eficacia, plantea numerosas incógnitas, entre otros extremos, en lo tocante a cómo y cuánto indemnizar los daños que a la parte afectada genera la paralización.

Ello es así porque toda suspensión contractual provoca unas **consecuencias negativas**, unos

efectos onerosos que no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión.

Así lo dispone además el derecho positivo: estas consecuencias son **indemnizables** por imperativo legal del artículo 103 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 102 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio²; el artículo 203 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el artículo 220 del texto

¹ Sentencia número 203/2021, de 21 de mayo de 2021, número de recurso 277/2020; Roj: SAP M 6614/2021 – ECLI:ES:APM:2021:6614.

² Cuyo apartado segundo establecía que, acordada la suspensión por la Administración, esa debe abonar al contratista los daños y perjuicios “efectivamente sufridos”.

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público³.

Esta regulación se completa, en lo atinente al cálculo de la indemnización de los denominados gastos generales, con el artículo 131 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre⁴ y la cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado⁵.

La parquedad normativa ha determinado un profundo debate sobre, fundamentalmente, dos cuestiones diversas: la forma de calcular los gastos generales a) y el modo en que debe tener lugar su toma en consideración b).

- a) El primero de los debates gira en torno al procedimiento de fijación y reconocimiento de la indemnización, que como luego se verá pivota en torno a dos alternativas: porcentaje versus gastos acreditados.
- b) El segundo reside, admitiendo el criterio del porcentaje, si debe aplicarse sobre el presupuesto de ejecución o sobre el presupuesto de contratación.

Centrando el debate en la primera cuestión, es cierto que desde hace muchos años el Consejo de Obras Públicas⁶ viene reconociendo como instrumento idóneo para el cálculo de los gastos generales el del porcentaje aplicado, normalmente, sobre el presupuesto de ejecución. Sin embargo, frente a esta postura, se ha elevado la del Consejo de Estado, contrario a establecer *a priori* una regla general, en el entendido de que cada contratista y cada contrato son diferentes. Reconoce, la doctrina del Alto Cuerpo Consultivo, la utilidad del porcentaje pero rechaza su aplicación automática y ello por considerar que tal práctica elude la carga de probar el daño efectivamente sufrido por el contratista, cuestión demandada por los principios generales que rigen la indemnización de daños contractuales, que exigen que la misma sea individualizada (para el reclamante) y singularizada (para el contrato y su patología), además de por el derecho positivo, que se refiere a los daños y perjuicios “efectivamente sufridos” por el contratista. La acreditación de los gastos directos es relativamente sencilla, pero la de los gastos indirectos resulta casi imposible.

Este criterio del Consejo de Estado ha sido expresamente asumido por la jurisprudencia, que ha venido exigiendo la acreditación y cuantificación de los daños, entre otras las Sentencias

³ Éste con numerosas peculiaridades respecto de preceptos contenidos en normas anteriores, como después se verá.

⁴ Este precepto, aún vigente, acude al concepto de gastos generales para determinar el cálculo del presupuesto base de licitación (señala así que mientras que el presupuesto de ejecución material es el resultado obtenido de la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas, el presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los conceptos de gastos generales de estructura – del 13 al 17%- y de beneficio industrial del contratista – 6% -).

⁵ Aprobado por Real Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, que, para la determinación del valor de los perjuicios derivados de la suspensión, atiende a la perturbación que la suspensión hubiera producido en el ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajos, con la consiguiente repercusión en la utilización de maquinaria y de personal, y a la relación que represente el importe de las partes de obra a que alcanza la suspensión con el presupuesto total de la obra contratada.

⁶ Suele citarse en apoyo del criterio del porcentaje, el estudio incorporado como anexo al acta de la sesión 18/2003, de 12 de junio de 2003, del Consejo de Obras Públicas.

del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2007 (ES:TS:2007:913, recurso de casación 4557/2002), de 20 de diciembre de 2005 (ES:TS:2005:8277, recurso de casación 6681/2000), de 1 de julio de 2009, (ES:TS:2009:4740-); y de 3 de octubre de 2016, STS 4328/2016 – (ECLI:ES:TS:2016:4328 número de Recurso: 4071/2014-).

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid antes referida, dictada en un **procedimiento de reclamación de daños contractuales por retrasos** en la ejecución de unas obras contratadas por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), realiza un giro hacia el criterio del porcentaje.

Reconocidos por la sentencia de instancia no sólo el retraso en la ejecución de las obras sino también su imputación al órgano de contratación⁷, descartó la reclamación de daños y perjuicios correspondientes a los **gastos generales** soportados por el contratista como consecuencia de la menor ejecución y facturación de obra por considerar que aquéllos no habían sido debidamente acreditados.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se aparta, empero, de esta conclusión, y afirma que la procedencia de los daños y perjuicios causados por una actividad imputable a la demandada – ADIF – deben tener un sentido práctico, razón por la que rechaza la conclusión del juez de instancia y afirma que la UTE contratista debe ser **resarcida de los gastos en que haya podido incurrir** mientras haya estado constituida con la finalidad de atender la obra.

En lo concerniente al cálculo de tales gastos y de conformidad con el informe pericial y los informes económicos acompañados a la demanda,

la Sala reconoce la dificultad de individualizar el perjuicio correspondiente a los gastos generales y por ello estima adecuado la **determinación de un porcentaje** que se multiplique por las cantidades previstas a ejecutar y certificar que finalmente no se ejecutaron y certificaron.

Admite la **determinación del porcentaje con carácter anual** y en función de la relación entre los gastos generales de estructuras centrales y la facturación total de esas centrales; así como su aplicación – la del porcentaje que para cada año resulte del cálculo expresado – a la diferencia entre la facturación prevista - para cada uno de esos años - y el importe realmente facturado, de conformidad con las certificaciones emitidas.

De este modo, al apartarse del criterio sostenido por Jurisprudencia y Doctrina en los últimos años, reabre un debate que se entendía zanjado y que no está exento de razón, en la medida que ambas posturas merecen crédito: los gastos generales se producen y constituyen un perjuicio cuando una obra se paraliza, suspende o retrasa, perjuicio que debe ser indemnizado a quien lo soporta; pero la aplicación de porcentajes dificulta, si no elude, el requisito también legal de la acreditación del daño a los efectos de su resarcimiento.

Este debate ha sido, en gran medida, superado, por el derecho positivo en tanto en cuanto el artículo 208.2 de la Ley 9/2017 dispone que, acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los **daños y perjuicios efectivamente sufridos por este** con sujeción a una serie de reglas que enumera:

- a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo

⁷ Sentencia número 2/2020 del Juzgado de primera instancia número 84 de Madrid de 8 de enero de 2020) reconoció que la causa del retraso en la ejecución de las obras era imputable a ADIF.

comprenderá, siempre que se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, las 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, los gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión y los 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; además de los gastos

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

Añade el referido precepto que sólo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta⁸.

En definitiva, aun cuando la norma actualmente vigente minimice la controversia acerca de la indemnización de los gastos generales en los contratos adjudicados bajo su vigencia, no cabe duda que respecto de todos los anteriores, el debate está servido.

⁸ El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.