

## LA INDEMNIZACIÓN DE LOS GASTOS GENERALES EN LOS CONTRATOS DE OBRAS.

La suspensión del contrato administrativo de obras genera en el contratista perjuicios graves que merecen ser resarcidos y que son indemnizables siempre que se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe. Frente al criterio del porcentaje del presupuesto de ejecución -normalmente infructuoso- la sustentación de la pretensión indemnizatoria en cuentas, balances y facturas asegura mayor fiabilidad y rapidez en el cobro de la indemnización.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

En la vida de los contratos administrativos, como es por todos sabido, surgen contrariedades e imprevistos que desvían de la trayectoria prevista el desenvolvimiento del negocio. Circunstancias ajenas a las partes, o en ocasiones ínsitas en el diseño del contrato, generan interrupciones, modificaciones, transformaciones de la relación contractual en su concepción originaria.

Una de las patologías más frecuentes –y onerosas- con que se encuentran los contratos administrativos en general, y el de obras en particular, es sin duda la suspensión del contrato, la paralización temporal de su vigencia. La figura de la **suspensión**, sin embargo, no es estática ni uniforme en su definición y eficacia, sino que antes bien, produce efectos muy distintos en función del momento en el que se produce, y del carácter total o parcial de dicha suspensión.

Los efectos que la suspensión del contrato proyecta sobre los **gastos estructurales** en la empresa contratista son necesariamente distintos según el momento de desenvolvimiento en que se encuentre el contrato afectado, con consecuencias diversas según se suspenda la ejecución del contrato al comienzo de la obra, justo a la terminación de la misma, o la suspensión tenga lugar en un

© 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.

periodo intermedio del fijado para realización de la misma; y en función de si la suspensión es total o parcial, y de cual sea dicho porcentaje.

No existen dudas acerca de las **consecuencias negativas** que toda suspensión contractual tiene para el contratista, que se ve obligado a mantener las inversiones, realizar gastos imprevistos, soportar el riesgo que las transformaciones económicas puedan proyectar en el futuro del contrato, etc. Sin embargo estas consecuencias son **indemnizables** por imperativo legal del artículo 102 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el texto aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio<sup>1</sup>, cuyo apartado segundo establece que acordada la suspensión por la Administración, esa deberá abonar al contratista los daños y perjuicios "*efectivamente sufridos*".

Este abono de **daños y perjuicios** tiene el carácter de **indemnización contractual**, tiene su origen en el contrato, y la acción de indemnización que del mismo se deriva se rige por ello como indemnización ex contractu y no por las reglas de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas<sup>2</sup>.

Las consecuencias indemnizatorias que puede eventualmente llevar aparejada la suspensión temporal de una obra (o la suspensión definitiva), han sido analizadas con detenimiento por el Consejo de Estado, llegando a la conclusión de que "*los efectos onerosos de la situación no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión*"<sup>3</sup>.

Desde esta perspectiva y reconocido sin discusión el derecho a obtener una indemnización, los problemas afloran en relación con la **evaluación de tales daños**, y su cuantificación. No ofrece duda la evaluación de los costes directos e indirectos que la suspensión haya originado para el contratista, pero si genera dificultades y discrepancias, para los distintos órganos administrativos intervinientes en el procedimiento de indemnización, el cómputo de los "**gastos generales**".

Son dos las normas que presiden la valoración de los gastos generales:

- 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.

<sup>1</sup> Artículo 203 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente vigente.

<sup>2</sup> Son muchos los ejemplos de reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de la suspensión del contrato de obras que se inician como reclamaciones de responsabilidad patrimonial extracontractual. Los plazos y el procedimiento son diversos, y ello arroja consecuencias importantes para la mercantil contratista.

<sup>3</sup> Dictamen núm. 1841/2007.

- La cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Real Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, que para la determinación del valor de los perjuicios derivados de la suspensión, solo contempla gastos vinculados de forma inmediata a la obra (sin prever, por tanto, en modo alguno la indemnización por aumento de gastos generales).

Sin embargo existe conflicto en cuanto a la forma de calcular los gastos generales y en cuanto a su toma en consideración. Se discuten los mecanismos de cálculo porque, primero, el criterio de los órganos administrativos intervinientes en el procedimiento de fijación y reconocimiento de la indemnización, no es pacífico; y segundo, porque aún admitiendo el criterio del porcentaje, no es claro si el mismo debe aplicarse sobre el presupuesto de ejecución o sobre el presupuesto de contratación.

Tradicionalmente, el Consejo de Obras Públicas viene reconociendo como instrumento idóneo para el cálculo de los gastos generales el del porcentaje aplicado sobre el presupuesto de ejecución; y ello por la naturaleza de tales gastos en los contratos de obras. Como pone de manifiesto en el estudio incorporado como anexo al acta de su sesión 18/2003, de 12 de junio de 2003, la configuración legal y reglamentaria de los gastos generales como un porcentaje del presupuesto de ejecución no supone que su origen venga producido por la propias partidas de los costes de ejecución material, sino constituye exclusivamente un modo de estimación, dada la dificultad de cuantificarlos de otro modo, ya que esos gastos, en todo caso, se derivan efectivamente de la propia estructura organizativa de la empresa constructora.

La dificultad que comporta determinar los gastos generales que puede irrogar a una empresa una suspensión contractual -dada la distinta estructura empresarial y capacidad de gestión de cada una- ha llevado al Consejo de Obras Públicas a intentar diseñar un modo uniforme de fijación de gastos generales mediante la aplicación de un coeficiente corrector de los mismos distinto del usado para su determinación al establecer el presupuesto de contratación.

Frente a esta postura se alza la del Consejo de Estado que entiende que no cabe establecer *a priori* una regla general, pues cada contratista y cada contrato, al igual que cada patología contractual, es diferente. Por ello, entiende el Alto Cuerpo Consultivo que si bien la regla descrita presenta como utilidad inmediata la de fijar una suerte de tope a la cuantía de la indemnización que pueda efectuar el particular contratista, no es posible sin embargo efectuar una aplicación automática de un porcentaje<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Entre otros, dictámenes núms. 1753/2005, de 22 de diciembre de 2005; y 220/2008, de 17 de abril de 2008.

El Consejo de Estado admite por tanto que los daños irrogados como consecuencia de la suspensión de la vida del contrato deben ser indemnizados, si bien rechaza como criterio el de la aplicación de un porcentaje que supla la actividad, exigida como carga general al contratista, de acreditar el daño efectivamente sufrido. Ello es así porque los principios generales que rigen la indemnización de daños contractuales exigen que la misma sea individualizada (para el reclamante) y singularizada (para el contrato y su patología); por lo que los daños alegados deben ser justificados, bien mediante una valoración interna, bien mediante estudio externo por empresa especializada.

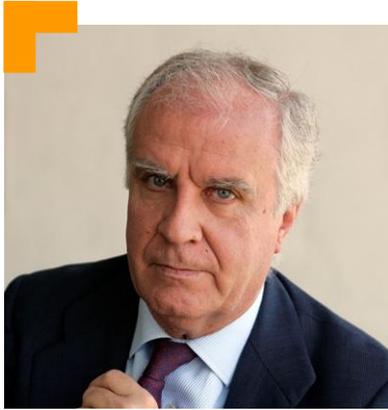
De este modo, acreditada la certeza y alcance de los gastos generales padecidos por la contratista, **procede el abono de los mismos**, en la cuantía y extensión que previamente haya resultado acreditada o probada en la tramitación del expediente de reconocimiento del derecho de indemnización contractual, como reiteradamente ha mantenido el Consejo de Estado en sus diversos dictámenes en la materia.

El criterio mantenido por el Consejo de Estado para la indemnización de los gastos generales puede consultarse en la página web del Consejo de Estado ( <http://www.consejo-estado.es> ) y en la página web del Boletín Oficial del Estado, en el apartado de consultas, bases de datos ( [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/consejo\\_estado.php](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/consejo_estado.php) ). Entre otros, los dictámenes núms. 1.067/99; 652/2002; 1.753/2005; 37/2006; 1566/2007; y 2.085/2008.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel: 915 829 415).

- Currículo de los miembros del equipo



## Juan Santamaría Pastor

Socio director del área de Administrativo y regulación.

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Premio extraordinario de Doctorado, 1972). Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1989. Juan Alfonso Santamaría Pastor pertenece al Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (desde 1968) y al de Letrados de las Cortes Generales. Ocupó los cargos de Director del Instituto de Estudios Administrativos de la Presidencia del Gobierno (1974-1976) y de Secretario General Técnico de los Ministerios de la Gobernación y de Interior (1976-1979). Desde principios de 2005 es socio de Gómez-Acebo & Pombo, ejerciendo desde el Departamento de Derecho Administrativo, Regulación y Competencia.

### **Especialidades:**

Derecho Administrativo.

### **Reconocimientos recientes:**

"Juan Alfonso Santamaría Pastor has great technical skills in the regulated sectors, including energy. He is currently chair of the Complutense University of Madrid". The Chambers Europe, 2008.

"The involvement of Juan Alfonso Santamaría Pastor is a guarantee of quality, say interviewees. Clearly one of the best public law lawyers in Spain, he combines academic excellence with frenetic transactional activity". The Chambers Europe, 2008.

**Entidades y asociaciones profesionales de las que es miembro:**

- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

**Labor docente:**

Ha sido Catedrático en las Universidades de Extremadura (1976) y Valencia (1976 - 1983), así como Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, ICAI-ICADE, desde 1983 hasta 2004. Actualmente es Catedrático en la Universidad Complutense de Madrid (desde 1988).

**Idiomas:**

Español, inglés, francés, italiano y alemán.

**Publicaciones:**

- *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989. Varios autores.
- *El Régimen Jurídico de la Cajas de Ahorros*, Cajamadrid, Madrid, 1992 (en colaboración con D. Manuel Aragón Reyes y D. Rafael García Villaverde).
- *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)* (dir. y coord.), Carperi, Madrid, 1993.
- *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.



## Carlos Vázquez Cobos

Socio director del sub-área de Administrativo y medioambiente

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Pertenece al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado y al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado. Fue Inspector Adjunto en la Oficina Nacional

de Inspección, Dependencia de Barcelona, desde 1988 a 1992, e Inspector Coordinador de Entidades Financieras en la Dependencia de Madrid hasta 1996. En dicho año fue nombrado Secretario General Técnico del Ministerio de Medio Ambiente, cargo que desempeñó hasta enero de 2001. Fue inspector del equipo de construcción de la ONI hasta enero de 2003 y, desde febrero de 2003 hasta enero de 2005, socio director del Despacho Alya Abogados, S.L., momento en el que fue nombrado socio de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.C.P., integrándose en el Departamento de Derecho Administrativo, Regulación y Competencia.

### **Especialidades:**

Derecho público en general y, en especial, aguas, residuos, energía, medio ambiente, contratación administrativa y derecho tributario.

### **Reconocimientos recientes:**

"Fantastic water expert Carlos Vázquez always takes the time and effort to understand his client's business. He is also commended for his ability to come up with innovative solutions". The Chambers Europe, 2008.

"Highly sought-after for his expertise in water matters, Carlos Vázquez is favoured by clients for his thorough understanding of their business and his expert guidance when it comes to making important decisions". The Chambers Global, 2008.

"Carlos Vázquez was also recommended as a fantastic option for public law work". The Chambers Europe, 2008.

**Entidades y asociaciones profesionales de las que es miembro:**

- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas del Estado.

**Labor docente:**

Ha sido colaborador en la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, profesor asociado de la asignatura de Sistema Fiscal en la Universidad Carlos III y profesor de la Escuela de Hacienda Pública. En la actualidad es profesor del Instituto de Empresa, director del Módulo Jurídico del Máster de Ingeniería Medioambiental y Gestión del Agua de la EOI y director del Curso Superior de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental en la Universidad San Pablo CEU.

**Idiomas:**

Español e inglés.

**Publicaciones (selección):**

- "Los créditos y los derechos en el Impuesto sobre Sociedades", *Revista de Inspección financiera y tributaria, Cuadernos de Formación de la Inspección de los Tributos*, número 4, Madrid 1992.
- "Aspectos generales del anteproyecto de ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental", *III Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios Ambientales, Madrid 2000.
- "La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua", en: VV AA, *La reforma de la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 2004.
- "Fiscalidad de las aguas", en: VV AA, *Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas*, Civitas, Madrid, 2004.



## José Luis Palma Fernández

Socio Director del despacho de Málaga

Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga (1985), Diplomado en Administración Pública inglesa por el *Royal Institute of Public Administration* de Londres (1988), Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2003) con la tesis "Los derechos de producción agrícolas" (sobresaliente cum laude). En 1985 fue becario de la Fundación Universidad-Empresa del Instituto Nacional de Industria. Empezó a ejercer la abogacía al año siguiente, en un despacho de asesoría de inversiones extranjeras en la Costa del Sol. En 1987 ingresa en el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. En 1988 es destinado en Málaga a la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia como Gerente Adjunto; dos años después, al Gobierno Civil de esta ciudad, como Asesor del Gabinete Técnico (Ministerio del Interior). En 1992 es nombrado director del Palacio de Congresos de la Costa del Sol (TURESPAÑA - Ministerio de Comercio y Turismo). Ingresa en 1993 en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado y lo destinan a las Secciones 3.ª (Interior y Administración Territorial), 5.ª (Economía y Hacienda) y 8.ª (Medio Ambiente, Agricultura, Pesca y Alimentación e Industria y Energía). En el año 2000 es nombrado socio de la firma de abogados Gómez-Acebo & Pombo, donde es responsable de diversas áreas del Departamento de Derecho Administrativo, Regulación y Competencia en Madrid, y director del despacho de Málaga.

Es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

### **Especialidades:**

Derecho administrativo, civil y agroalimentario.

### **Entidades y asociaciones profesionales de las que es miembro:**

- Ilustre Colegio de Abogados de Málaga (desde 1986).

- Asociación Española de Derecho Agrario.

**Labor docente:**

Durante años fue profesor de Política Agrícola Comunitaria en los cursos sobre Derecho Comunitario organizados por el Colegio de Abogados, el Consejo General del Poder Judicial y la Universidad de Málaga (1994, 1995, 1997, 1998, 1999 y 2000). Además es profesor colaborador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, del ICADE y de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido director de varios cursos: "Derecho de la Competencia en Agricultura", impartido en 1997 y 1998 en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos de Madrid; curso de "Técnica Normativa", impartido por el Instituto Nacional de Administración Pública (1999 y 2001); y "Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones", organizado por el Instituto Nacional de Administración Pública en los años 1999 y 2000.

**Idiomas:**

Español e inglés.

**Publicaciones (selección):**

***En revistas jurídicas:***

- "Tres finales de siglo de reforma legislativa agraria", *La Ley*, n.º 3457, 15 de febrero de 1994.
- "Producción normativa y seguridad jurídica", *Revista del Colegio de Abogados de Málaga*, enero de 1994.
- "Reglamentos Autónomos de España", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 87, julio-septiembre 1995.
- "El deber de colaboración de las Cajas de Ahorro con las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, 4 de marzo de 1996.

- "Los contratos privados y los contratos administrativos de las Administraciones Públicas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Especial consideración de los contratos de préstamo de las Corporaciones Locales", *Actualidad Administrativa*, 2 de septiembre de 1996.
- "La ejecución de obras por la propia Administración. El caso de la empresa de Transformación Agraria (TRAGSA)", *La Ley*, n.º 4810, 3 de junio de 1999.

**En libros colectivos:**

- Varios autores: *Derecho de los Contratos Públicos*, Editorial Praxis, Madrid, 1995. En colaboración con José Fernando Merino Merchán.
- En: *Comentarios a la Constitución Española*, de Óscar Alzaga, "Comentario al artículo 34", en colaboración con José Fernando Merino Merchán. Editorial EDERSA, Madrid, 1997. Tomo III.
  - "Derecho de la Contratación Pública y Regulada" (Thomson Civitas, 2004).

**Libros de un solo autor:**

- *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- *Los derechos de producción agrícolas*, Boletín Oficial del Estado - Consejo de Estado, Madrid, 2004.



## Alejandro Hernández del Castillo

### Miembro del área de Procesal y Administrativo

Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada (1984). En diciembre de 1988 aprueba las oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado. Participa en diversos cursos de formación.

#### **Especialidades:**

Fue Abogado del Estado en la Delegación del Gobierno y Audiencia Territorial (Tribunal Superior de Justicia) de Madrid, así como Abogado del Estado-Jefe de Guadalajara, hasta abril de 1990, en que fue destinado a Málaga. Entre 1997 y 2001 ejerció como Abogado del Estado-Jefe de Melilla. En el mismo período fue Consejero de la Autoridad Portuaria de Melilla y Secretario de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Melilla, así como Abogado del Estado-Secretario del Tribunal Económico-Administrativo Local de Melilla. En junio de 2001 es nombrado Abogado del Estado-Jefe de Málaga y Abogado del Estado-Secretario de la Sala en Málaga del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía.

#### **Entidades y asociaciones profesionales de las que es o ha sido miembro:**

- Consejero de la Autoridad Portuaria de Málaga y de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Málaga desde 2001 a 2007.
- Miembro de la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Sur hasta su traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía en 2005.
- Académico correspondiente de la Real de Jurisprudencia y Legislación desde 2000 y Académico residente en Málaga de la Real de Jurisprudencia y Legislación de Granada, desde 2004.

**Labor docente:**

Es profesor Asociado del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Málaga y Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

Ha participado en diversos cursos y masters de temática administrativa, y ha colaborado con el Instituto de Estudios Fiscales (M.E. y H.). Ha impartido clases en el Instituto Nacional de Administración Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública y en diversas corporaciones locales.

**Publicaciones:**

- "Aproximación a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" (Aranzadi, 1993).
- "El Abogado del Estado en el sistema Portuario" (Puertos del Estado, 1999).
- "Derecho de la Contratación Pública y Regulada" (Thomson Civitas, 2004).
- "Manual de responsabilidad pública" (Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia, 2004).
- "Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria" (Ministerio de Justicia y Editorial Aranzadi, 2006)
- "Manual de Expropiación Forzosa" (Ministerio de Justicia, 2007).
- Colaboraciones en los Anales de la Abogacía General del Estado y revistas jurídicas.

**Idiomas:**

Español e Inglés.



## Pilar Cuesta Loño

Licenciada en Derecho por la Universidad San Pablo CEU. En la actualidad, doctorando en Derecho Administrativo, en fase de investigación y elaboración de la tesis doctoral.

### Labor docente:

Participa en la impartición del nuevo Master en Financiación e Infraestructuras Energéticas de la Universidad Antonio de Nebrija, colaboradora habitual en distintos cursos del Instituto Canario de la Administración Pública, y ponente en diversos ciclos monográficos organizados por Expansión Conferencias, Intereconomía Conferencias, el Instituto de Fomento Empresarial y la Escuela de Finanzas Aplicadas entre otros.

### Trayectoria:

- Miembro del Consejo Asesor del Departamento de Derecho Administrativo, Regulatorio y Competencia de Gómez-Acebo y Pombo Abogados.
- Administrador General de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Letrado del Consejo de Estado.

### Idiomas:

Inglés, francés e italiano.