

RECOMENDACIÓN 1/2021 DE 28 DE OCTUBRE SOBRE GASTOS GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO CANARIO.

De cara a la consecución de una transparencia efectiva en los procesos de licitación pública es esencial tratar de lograr uniformidad en las reglas de la misma, dando pautas, cuando sea preciso, para la aplicación homogénea sobre cuestiones principales en materia de contratación a los órganos de contratación.

La entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), introdujo importantes novedades. Una de ellas se refiere al importe del presupuesto base de licitación y el importe del valor estimado de los contratos, generando controversia en cuanto a la determinación de los gastos generales y el beneficio industrial y en concreto, la necesidad de justificarlo en el expediente.

LEY 4/2021, de 2 de agosto, para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los fondos procedentes del instrumento europeo de recuperación denominado «Next Generation EU», en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, establece que el detalle de los costes constará en el expediente y para el cálculo de los gastos generales y el beneficio industrial, se atenderá a lo que establezca el Departamento competente en materia de contratación pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma.

De acuerdo con las competencias que el artículo 40.2 del Decreto 86/2016, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, atribuye a la Junta Consultiva de Canarias, y con la finalidad de unificar criterios en la actuación administrativa de los órganos de contratación, a fin de garantizar a transparencia en la contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, se considera preciso un pronunciamiento sobre cómo llevar a cabo el establecimiento de los gastos generales y el beneficio industrial en los contratos del sector público

Por ello, en la sesión celebrada el 28 de octubre de 2021, se acuerda la siguiente

RECOMENDACIÓN

El Libro Primero de la LCSP relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aplicable a todos los tipos contractuales, recoge como novedad, la obligatoriedad de desglosar tanto el presupuesto base de licitación como el valor estimado de los contratos, en los siguientes términos:

Artículo 100. Presupuesto base de licitación



“... el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación ...”.

Artículo 101. Valor estimado

“2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”.

De tales preceptos se deriva la necesidad de justificar el cálculo de estos importes, de tal manera que se adecúen a la realidad, y no se determinen de forma irreflexiva. No obstante, debe destacarse que esta obligatoriedad de desglosar los elementos que integran el importe de cada uno de esos dos conceptos económicos no comporta, por sí, un incremento de esas cuantías, sino son expresión transparente de sus componentes y costes respectivos, no es un añadido a lo que se establece como importe final, sino que debe entenderse como una obligación de desglosar los conceptos que integran ese importe final. Y, además, la aprobación del gasto y del expediente supondrá que tales cálculos han sido realizados en atención a la naturaleza y alcance de las prestaciones que conforman el objeto del contrato y, por tanto, su justificación explícita y tan extensa como sea necesaria obrará en el expediente como regla general, salvo en los supuestos en que la determinación del presupuesto máximo de licitación corresponda a un momento posterior

De lo expuesto, se extrae como primera conclusión que estamos ante unas normas de aplicación general a todos los contratos que celebren las entidades del sector público, es decir, se refiere a todos los tipos contractuales.

Igualmente, si bien el desglose del presupuesto base de licitación en costes directos, indirectos y otros costes no se cuestiona, y así se hace constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los diferentes tipos contractuales; situación distinta ocurre con los desgloses que han de hacerse en relación al cálculo del valor estimado del contrato, pues si bien en los pliegos sí se hace referencia a las posibles prórrogas y eventuales modificaciones, no se determina en los mismos, salvo en los contratos de obra, un desglose de los gastos generales y el beneficio industrial.

Para calcular el valor estimado de los contratos debe tenerse en cuenta:

- los costes derivados de la aplicación de las normas laborales,
- los costes derivados de la ejecución material de la prestación,
- los gastos generales de estructura, y
- el beneficio industrial.



En relación a los contratos de obra, la incorporación de los gastos generales de estructura y el beneficio industrial en el cálculo del valor estimado no plantea controversia, dado que se encuentran regulados en el artículo 131 del RGLCAP (vigente en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en la LCSP), precepto que indica los porcentajes a aplicar a los gastos generales y al beneficio industrial y que incrementan el presupuesto de ejecución material de la obra:

“... El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:

1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:

a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.

b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista.

...”

En este artículo 131, referido solo a los contratos de obras, se establece una horquilla de porcentajes para los gastos generales y un porcentaje concreto para el beneficio industrial.

En relación con el porcentaje de los gastos generales se determina que se fijará por cada Departamento ministerial. Por ello, en el ámbito de esta Administración Autonómica, y en relación con los contratos de obras, el Consejo de Gobierno, mediante acuerdo de 24 de septiembre de 1993, concretó el porcentaje de gastos generales aplicable a los proyectos de obra. Dicho acuerdo sigue en vigor, en cuanto en nada se opone a lo establecido en la legislación vigente, aunque circunscribe su aplicación a los distintos departamentos de esta Administración, al establecer que “el porcentaje a aplicar por todos los departamentos del Gobierno de Canarias en los proyectos de obras en concepto de gastos generales queda fijado en un porcentaje fijo del 16% del presupuesto de ejecución material, más el porcentaje correspondiente al tipo impositivo del IGIC que corresponda”, porcentaje que podrá ser de aplicación, igualmente, a los contratos de obra a realizar por el resto de poderes adjudicadores que conforman el sector público de esta Comunidad Autónoma.

Así mismo, en el uso de la discrecionalidad de cada Departamento de fijar dicho porcentaje, el Ministerio de Fomento, mediante Orden de 30 de septiembre de 2013, fija ese porcentaje en el 13% en los contratos competencia de ese departamento, a la vista de las circunstancias concurrentes en tal fecha y considerando razones de eficacia en el uso de los recursos públicos, de forma que se pueda materializar el ahorro necesario sin que se resienta la correcta ejecución de la inversión pública.

Si bien la cuestión se puede entender resuelta en relación al contrato de obras, en la citada LCSP no se hace mención respecto al resto de tipos de contratos y así, ni en la normativa



anterior ni en la ley actual se contempla, de modo expreso, cómo efectuar el cálculo de estos gastos generales y del beneficio industrial en los contratos que no son de obras, por lo que se plantea cómo y en cuánto realizar el cálculo de los mismos en los contratos distintos al de obras, de modo que se dé cumplimiento a lo que exige el referido artículo 101.2 de la LCSP.

En relación a ello, un operador económico podría realizar su oferta sin beneficio o incluso con pérdidas; pero una cosa es formular esa oferta en su libertad de elección y, otra muy distinta, que no tenga otra alternativa que asumir unos gastos generales por debajo de su coste si pretende obtener el contrato, lo que nos lleva a que es preciso conocer cómo y el margen en el que deben estimarse los gastos generales en los contratos distintos al de obras.

Precisamente, la especial importancia que la determinación del precio del contrato adquiere en la LCSP debe tener por objeto evitar situaciones abusivas, evitar actuaciones administrativas leoninas, de modo que sea el funcionamiento normal del mercado el que, mediante la competencia, permita obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública.

En las licitaciones de los contratos que no son de obras nos encontramos con una heterogeneidad de situaciones; supuestos en los que, para un mismo objeto de contrato, o para una misma prestación, no sólo los órganos de contratación hacen cálculos distintos estableciendo porcentajes diferentes de los gastos generales y del beneficio industrial, sino que estos cálculos diferentes dan lugar a importes del valor estimado que difieren entre las diferentes contrataciones, lo que dificulta a un mismo operador económico realizar las ofertas a una misma prestación.

Los referidos porcentajes, del 13 al 17% de gastos generales, y el 6% de beneficio industrial, son los únicos cuantificados como derecho positivo en la normativa contractual, lo que ha motivado, inevitablemente, pronunciamientos doctrinales en cuanto a su posible aplicación al resto de contratos.

Así, la aplicación de este precepto, artículo 131 del RGLCAP, a otros tipos de contratos ha sido abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en dos informes:

1.- En el informe 50/08, de 2 de diciembre de 2008 sobre «Determinación de cuáles son los conceptos particulares que deben considerarse incluidos en los genéricos “gastos generales” y “beneficio industrial”, en donde se reconoce que, al no existir normas relativas al precio en los contratos de gestión de servicio público, la forma más adecuada para determinar los conceptos que deben considerarse incluidos en los gastos generales serán los que se establezcan expresamente en la propia documentación contractual y, en defecto de ella, deberá estarse a la aplicación analógica de los preceptos del Reglamento General que, aun no regulando de forma directa el contrato de gestión de servicios públicos, puedan serle aplicables por razón de su naturaleza.

No obstante, se hace sólo referencia a los conceptos que comprenden los gastos generales, pero no respecto a la utilización de los porcentajes que se determinan.

2.- En el informe 40/19 sobre “Gastos generales de estructura y beneficio industrial en el contrato de servicios. Aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 131 del



RGLCAP a dichos contratos”, se concluye que los porcentajes establecidos en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tanto los previstos para los gastos generales (del 13% al 17%) como el relativo al beneficio industrial (6%), se puedan aplicar a los contratos de servicios, en la medida en que el órgano de contratación los considere adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión.

Destacar también que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-, en su Resolución 683/2016, se posiciona a favor de considerar dicho precepto reglamentario como orientativo para el resto de contratos, a partir de la consideración de la regulación del contrato de obras como una suerte de norma-marco.

De acuerdo con lo expuesto, con el fin de consensuar un criterio único y homogéneo en la determinación de los gastos a incluir en el valor estimado, puede concluirse que dada la obligatoriedad por parte de la LCSP de especificar en todos los contratos estos gastos generales de estructura y el beneficio industrial, se puede determinar como referencia la aplicación, a todos los contratos, a falta de norma específica, de lo establecido en el artículo 131 del RGLCAP.

Determinada la posibilidad de aplicar el precepto del RGLCAP referido a los contratos de obras al resto de los contratos públicos, se considera conveniente por razones de homogeneidad, de economía y de ahorro del gasto público y de transparencia, concretar, igualmente, los porcentajes a aplicar a los conceptos mencionados para el resto de contratos públicos distintos del contrato de obras; la dificultad estriba en cómo llevar a cabo la concreción del porcentaje establecido para los gastos generales en los contratos, para que ese porcentaje sea homogéneo en contrataciones de prestaciones similares.

Para determinar dichos porcentajes correspondientes a ambos conceptos en el resto de los contratos, conviene, previamente, aclarar qué comprenden:

- El concepto de gastos generales de estructura hace referencia a aquellos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el precio del contrato, deducidos de los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, y que no guardan una relación directa con la ejecución del contrato ni con las obligaciones derivadas del mismo; es decir, son aquellos desembolsos relacionados con un proyecto de cualquier tipo por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad, limpieza, etc.

En definitiva, se trata de gastos que no tienen la consideración de coste del servicio, porque no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa contratista, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado, por lo que nada obsta para que, a falta de una disposición específica, y en la medida en que



el órgano de contratación los considere adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, se pueda aplicar, al resto de contratos, la horquilla establecida en el artículo 131 del RGLCAP para el contrato de obras, fijada entre el 13% y el 17%.

- En cuanto al concepto de beneficio industrial, en relación a la aplicación del porcentaje del 6%, si bien no se recoge expresamente en la LCSP tal concepto, sí podemos encontrar referencias en los preceptos relativos a la resolución de los contratos de obra, de suministros y de servicios (artículos 246, 307 y 313 de la LCSP) cuando señalan como derecho del contratista a percibir el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de la prestación dejada de realizar en concepto de beneficio industrial, por lo que se puede entender aplicable a cualquier contrato.

Establecida la posibilidad de aplicar al resto de contratos la horquilla recogida en el artículo 131 del RGLCAP para el contrato de obras, fijada entre el 13% y el 17% para los gastos generales, sería conveniente fijar un criterio homogéneo para su concreción en el resto de contratos distintos al de obras, dada la importancia, como ya se ha señalado, que la LCSP otorga al precio del contrato, con el fin de evitar actuaciones administrativas que no se ajusten a la realidad y, que se permita un funcionamiento normal del mercado.

Así, al igual que sucede con los contratos de obras que llevan a efecto los distintos departamentos de esta Administración, con un porcentaje ya fijado en un 16% para los gastos generales, conviene una mayor concreción del porcentaje a aplicar al resto de contratos públicos.

Para establecer el porcentaje concreto de gastos generales de estructura, en la banda indicada en el artículo 131 del RGLCAP, podrá partirse de la complejidad de la actividad objeto de la licitación, en el sentido de que el porcentaje mayor será de aplicación a la licitación muy compleja y el porcentaje menor para la de poca complejidad.

Los indicadores que pueden utilizarse para determinar esa complejidad de la actividad objeto de la licitación pueden referirse a los siguientes u otros similares o determinantes de cada licitación:

- 1.- La mayor o menor regulación del sector empresarial al que se refiere la contratación; de modo que, si es un sector muy regulado se considera de mayor complejidad.
- 2.- La solvencia exigida para participar en la licitación; a mayor solvencia económica, financiera y técnica o profesional requerida, mayor complejidad.
- 3.- La existencia de mano de obra directa y la especialización de la misma.

CONCLUSIONES

1.- El artículo 101.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es de aplicación general a los distintos tipos de contrato que se regulan en dicha norma. En consecuencia, para determinar el valor estimado de contratos distintos al contrato de obras, igualmente deberán desglosarse los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.



2.- Ante la ausencia de una norma específica para la determinación en el valor estimado de los contratos distintos al contrato de obras, en concreto, de los porcentajes correspondientes a los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, se puede partir como referencia de la aplicación a todos los contratos, de lo establecido en el artículo 131 del RGLCAP, de modo que los porcentajes establecidos en este precepto del 13% al 17% para los gastos generales y del 6% para el beneficio industrial, puedan ser de aplicación a los contratos distintos al contrato de obras.

3.- En los contratos de obras, la Administración Autonómica ha fijado el porcentaje a aplicar por todos los departamentos del Gobierno de Canarias en los proyectos de obras en concepto de gastos generales en el 16% del presupuesto de ejecución material, porcentaje que podrá ser de aplicación, igualmente, a los contratos de obra a realizar por el resto de poderes adjudicadores que conforman el sector público de esta Comunidad Autónoma.

4.- En el desglose del valor estimado de los contratos distintos al de obras, se podrá determinar el porcentaje del 6% como beneficio industrial, si bien la utilización de cualquier otro porcentaje deberá justificarse en el expediente.

5.- Para determinar exactamente el porcentaje a aplicar como gastos generales en los contratos distintos al de obras, el órgano de contratación podrá, en la medida que lo considere adecuado a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión y forma motivada, aplicar la franja del 13% al 17% en base a los indicadores y en la forma plasmada en la presente recomendación, reiterando el carácter facultativo y no vinculante de la misma.

No obstante, la aplicación de cualquier porcentaje de gastos generales, diferente o no, al señalado en el artículo 131 del RGLCAP (13% al 17%) también precisará que el órgano de contratación lo justifique adecuadamente en función de la naturaleza de la prestación y de las características singulares propias del contrato.

6.- No obstante, destacar la no necesidad de este desglose en los supuestos de bienes muebles cuyo precio se determina por el propio mercado

7.- Finalmente, reiterar que cualquiera que sea el porcentaje de gastos a aplicar, en ningún caso supondrá un incremento de valor de los contratos, sino tan solo, una distribución y desglose de conceptos.