



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 11/2023

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicio de transporte escolar PRO11 2019/2732

(CONTR 2017/1481, lote 2 del expediente principal CONTR 2017/1477) y PRO11 2019/2736 (CONTR 2017/1483, lote 4 del expediente principal CONTR 2017/1477)

Órgano de contratación: consejero de Educación y Formación Profesional

Recurrente: UTE Subus/TGO/Nadal

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 31 de mayo de 2023

Visto el recurso especial en materia de contratación que ha interpuesto la UTE Subus/TGO/Nadal, contra dos Resoluciones del consejero de Educación y Formación Profesional, de 2 de febrero de 2023, en virtud de las cuales se acordó el reintegro parcial de los anticipos recibidos por anticipado de la indemnización por la suspensión, debido a la COVID-19, de los contratos del lote 2 y del lote 4 de transporte escolar, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 31 de mayo de 2023, ha adoptado el Acuerdo siguiente:

Hechos

1. El 12 de septiembre de 2017, la Consejería de Educación y Universidad (actualmente Consejería de Educación y Formación Profesional) y la UTE Subus/TGO/NADAL, formalizaron los contratos de lote 2 y del lote 4 por el servicio de transporte escolar para centros educativos de las Illes Balears (lote 2 CONTR 2017/1481 exp. principal CONTR 2017/1477; lote 4 CONTR 2017/1483 exp. principal CONTR 2017/1477).

Ambos contratos, con una duración inicial de dos cursos escolares (2017/18 y 2018/19) se prorrogaron por dos cursos más (exp. PRO11 2019/2732 y PRO11 2019/2736) hasta el final del curso escolar 2020/21.

2. El 6 de abril de 2020, la UTE Subus/TGO/Nadal (en adelante, la contratista) solicitó en la Consejería de Educación (en adelante, el órgano de contratación) la suspensión de los contratos, en virtud del artículo 34.1 del

Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, (de ahora en adelante, el RDL 8/2020). En la solicitud de suspensión declaraba los motivos que imposibilitaban la ejecución, en los términos pactados, de los dos contratos (PRO11 2019/2732 y PRO11 2019/2736) y relacionaba, como medios adscritos a la ejecución del contrato, 9 conductores y 9 vehículos de Operadores de Movilidad Baleares y 7 conductores y 7 vehículos de Autocares Nadal. Además indicaba que tenía 4 subcontratistas autorizados.

3. El 3 de junio de 2020, el órgano de contratación dictó la Resolución de suspensión de los dos contratos para resultar imposible la ejecución contractual en los términos pactados como consecuencia de la COVID-19, con efectos desde el 16 de marzo de 2020.
4. El 16 de junio de 2020, la contratista solicitó anticipar la indemnización por la suspensión de los dos contratos (desde la segunda quincena de marzo, el mes de abril, mayo y junio de 2020), la estimación de gastos de los conceptos indemnizables previstos al artículo 34.1 del RDL 8/2020 siguientes:
 - Del contrato del lote 2 (PRO11 2019/2732): un anticipo total de 95.565,77 €, por los gastos siguientes:
 - a) Gastos salariales: 41.066,53 €
 - b) Gastos por mantenimiento de garantía: 444,66 €
 - c) Gastos de alquiler o de mantenimiento: 50.123,33 €
 - d) Gastos correspondientes a las pólizas: 3.931,35 €
 - Del contrato del lote 4 (PRO11 2019/2736): un anticipo total de 42.699,92 €, por los gastos siguientes:
 - a) Gastos salariales: 11.567,24 €
 - b) Gastos por mantenimiento de garantía: 318,79 €
 - c) Gastos de alquiler o de mantenimiento: 30.813,90 €
 - d) Gastos correspondientes a las pólizas: 0 €
5. El 17 de junio de 2020, el órgano de contratación, previa la emisión del informe técnico de cálculo de los anticipos solicitados, resolvió aprobar los anticipos a favor de la UTE contratista por los importes que había solicitado, es decir:
 - Lot 2 (PRO11 2019/2732): 95.565,77 €
 - Lot 4 (PRO11 2019/2736): 42.699,92 €

En estas resoluciones se hizo constar que, una vez levantada la suspensión de los contratos, la contratista tendría que presentar la documentación justificativa para liquidar la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la suspensión de los contratos.

6. El 2 de noviembre de 2020, la UTE presentó una memoria justificativa, la documentación por acreditar de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la suspensión y solicitó la liquidación definitiva de la indemnización por la suspensión de los dos contratos por un importe total a su favor de 19.834,68 €.
7. El 21 de julio de 2022, el órgano de contratación, revisada la solicitud de la contratista, inició los procedimientos de reintegro parcial de las cuantías adelantadas y no justificadas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la suspensión de los contratos. Concretamente:
 - Del contrato del lote 2 (PRO11 2019/2732) la diferencia entre el importe del anticipo y el importe justificado por la contratista era de 95.565,77 € - 93.762,20 €, lo cual hacía un total a reintegrar de 1.803,57 € a favor de la Administración.
 - Del contrato del lote 4 (PRO11 2019/2736) la diferencia entre el importe del anticipo y el importe justificado por la contratista era de 42.699,93 € - 3.924,01 €, con un total a reintegrar de 38.775,92 € a favor de la Administración.
8. El 4 de agosto de 2022, la UTE contratista presentó escrito de alegaciones en el cual se oponía a los reintegros, para que en su opinión:
 - Se había aplicado incorrectamente el artículo 34 del Real Decret ley 8/2020, de acuerdo con el carácter no limitativo de los anticipos en relación con el importe final de las indemnizaciones
 - Había errores en el importe de las indemnizaciones
 - Se tenían que reconocer los gastos de personal de las empresas subcontratistas.

Además, en este escrito la contratista, calculaba las liquidaciones a su favor por importe total de 19.834,69 €, concretamente:

- Del contrato lote 2 (PRO11 2019/2732): importe pendiente de percibir: 43.628,94 €.
- Del contrato lote 4 (PRO11 2019/2736): importe a reintegrar por la UTE: 23.749,26 €



9. El 2 de febrero de 2023, el órgano de contratación, a propuesta de la directora general de Primera Infancia, Innovación y Comunidad Educativa, desestimó las alegaciones de la contratista y resolvió aprobar el reintegro parcial, a favor de la Administración de los adelantos por anticipado de la indemnización por la suspensión de los contratos, con los importes siguientes:

- Lot 2 (PRO11 2019/2732): 1.803,57 €
- Lote 4 (PRO11 2019/2736): 38.775,92 €

Ambas resoluciones se notificaron en la UTE el 13 de febrero de 2023.

10. El 13 de marzo de 2023, la UTE presentó un recurso especial en materia de contratación, ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), contra las Resoluciones en virtud de las cuales se había acordado el reintegro parcial de los anticipos.

La recurrente fundamenta el recurso, en resumen, en las siguientes alegaciones:

- Y en la correcta aplicación, por parte del órgano de contratación, del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 y errores en el cálculo de determinados gastos indemnizables. Según la recurrente:

- En cuanto al expediente del lote 2 (PRO11 2019/2732), considera que no le corresponde reintegrar 1.803,57 €, sino que le corresponde percibir 43.133,33 € por la diferencia entre el anticipo recibido (95.565,77 €) y los gastos indemnizables (138.699,10 €).

- En cuanto al expediente del lote 4 (PRO11 2019/2736), considera que no le corresponde reintegrar 38.775,92 €, sino que sólo le corresponde reintegrar 23.830,79 € por la diferencia entre el anticipo recibido (42.699,93 €) y los gastos indemnizables (18.550,35 €).

- En conclusión, según la recurrente, la liquidación por las indemnizaciones de los dos contratos ascendería a 19.302,54 € a su favor (43.133,33 € -38.775,92 € = 19.302,54 €).

Por todo esto, la recurrente solicita que se rectifiquen las Resoluciones de liquidación impugnadas en el sentido que solicita.

11. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) ha tramitado el expediente administrativo relativo al recurso especial, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la

Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y el resto de normas aplicables.

12. El 4 de abril de 2023, la Consejería de Educación y Formación Profesional, envió a la JCCA el expediente administrativo completo, junto con los correspondientes informes técnico y jurídico emitidos en relación con el recurso especial interpuesto por la recurrente.

Estos informes proponen que se estime parcialmente el recurso.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto del recurso especial es la Resolución de reintegro parcial de cantidades no justificadas y percibidas en concepto de indemnización por la suspensión, debido a la COVID-19, de un contrato de servicios. La resolución la dictó la Consejería de Educación y Formación Profesional, que tiene el carácter de Administración Pública.
2. El artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB) regula el recurso especial en materia de contratación, en el sentido siguiente:
 1. Contra los actos de los órganos de contratación se puede interponer un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual es aplicable el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, tiene carácter potestativo, lo tiene que resolver la Junta Consultiva de Contratación y sustituye, a todos los efectos, el recurso de reposición.

Se trata, por lo tanto, de un recurso especial que sustituye, en materia de contratación, al recurso de reposición y se puede interponer en los casos en qué sea procedente, esto es, contra los actos que dicten los órganos de contratación que tengan la consideración de administración pública, que pongan fin a la vía administrativa, excepto cuando sean actas susceptibles del recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 44 de la LCSP.

La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra m del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el cual se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

3. El régimen jurídico aplicable al fondo es el Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que incorpora medidas que alteran transitoriamente el régimen jurídico de la suspensión del contrato establecido a la legislación general de contratación de contratación pública, todo esto con el fin de evitar los efectos negativos sobre la ocupación y la viabilidad empresarial derivadas de la suspensión de contratos públicos.
4. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, que se ha interpuesto mediante representante acreditado.
5. El plazo para interponer el recurso especial del art. 66 de la LRJCAIB, de acuerdo con el art. 122 LPACAP, es de un mes desde la notificación del acto impugnado.
El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido.
6. En el recurso interpuesto, la recurrente solicita que se rectifiquen las Resoluciones de liquidación impugnadas por incorrecta aplicación, por parte del órgano de contratación, del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 y errores en el cálculo de determinadas gastos indemnizables. Según la recurrente:
 - En cuanto al expediente PRO11 2019/2732, considera que no le corresponde reintegrar 1.803,57 €, sino que le corresponde percibir 43.133,33 € por la diferencia entre el anticipo recibido (95.565,77 €) y los gastos indemnizables (138.699,10 €).
 - En cuanto al expediente PRO11 2019/2736, considera que no le corresponde reintegrar 38.775,92 €, sino que sólo le corresponde reintegrar 23.830,79 € por la diferencia entre el anticipo recibido (42.699,93 €) y los gastos indemnizables (18.550,35 €).
 - En conclusión, según la recurrente la liquidación por las indemnizaciones de los dos contratos ascendería a 19.302,54 € a su favor (43.133,33 € - 38.775,92 € = 19.302,54 €).

Más concretamente, los motivos para la interposición del recurso que alega la recurrente en el escrito de recurso son resumidamente los siguientes:

Primero. Incorrecta aplicación del art. 34 del RDL 8/2020.

Tal y como señala expresamente el artículo 34.1 el anticipo se abona a cuenta del importe estimado de la indemnización. El hecho de que sea una estimación implica que se susceptible de variación posterior en el momento de la liquidación definitiva.

En consecuencia, no cabe considerar la justificación de la indemnización como una solicitud adicional como señala la resolución impugnada, sino que se trata de la justificación de los conceptos derivados de la misma solicitud.

Segundo. Error en el cálculo de los gastos salariales.

Se ha producido un doble error en el cálculo de los gastos salariales. por un lado porque solo se han valorado los costes salariales consignados en la solicitud de anticipo a cuenta, sin tomar en consideración los gastos salariales en los que efectivamente ha incurrido la UTE. Y por otro lado, porque no se han tenido en cuenta los gastos salariales en los que incurrió la UTE con las empresas subcontratistas del lote 4.

Tercero.- Error en el cálculo de los gastos de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos y las pólizas de seguro.

El órgano de contratación incurre en error a la hora de valorar los costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos, así como las pólizas de seguro tanto del lote 2 como del lote 4, ya que, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, las cantidades consignadas en la solicitud de anticipo constituían una mera estimación, susceptible de ser modificada en el momento de la liquidación definitiva.

7. Antes de entrar a analizar las alegaciones de la recurrente, hay que hacer una referencia a los preceptos que resultan de aplicación directa a la cuestión planteada.

Real decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Artículo 34. Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

1. Los **contratos públicos de servicios** y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la cual 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, **la ejecución del cual se presente imposible a consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán suspendidos totalmente o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que esta prestación pueda retomarse.** A tal efecto, se entenderá que la prestación puede retomarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Cuando con arreglo al que se dispone en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará totalmente en suspenso, **la entidad adjudicadora tendrá que abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista.** Los daños y perjuicios por los cuales el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:

1r Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión.

2n Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al periodo de suspensión del contrato.

3r Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros hasta diferentes durante la suspensión del contrato.

4t Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido subscribas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

En caso de suspensión parcial, los daños y perjuicios a abonar serán los correspondientes conforme al presente apartado de este artículo a la parte del contrato suspendida.

La aplicación de lo que se dispone en este apartado sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato a consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con cuyo objeto el contratista tendrá que dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las cuales la ejecución del contrato ha acontecido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en este momento; y los motivos que imposibilitan la ocupación por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta tendrá que entenderse desestimatoria.

[...]

En los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva que hayan quedado suspendidos conforme a lo que se prevé en este apartado, **el órgano de contratación podrá conceder a instancia del contratista un anticipo por anticipado del importe estimado de la indemnización que corresponda. El abono del anticipo podrá realizarse en un solo pago o mediante pagos periódicos. Posteriormente, el importe anticipado se descontará de la liquidación del contrato.** El órgano de contratación podrá exigir para efectuar el anticipo que el mismo se asegure mediante cualquier de las formas de garantía previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

8. También se considera oportuno aclarar los conceptos de anticipo o pago por anticipado, estimación y gastos efectivos, conceptos que se utilizan por el legislador en el art. 34.1 del RDL 8/2020, cuando señala que «la entidad adjudicadora tendrá que abonar al contratista los daños y perjuicios **efectivamente sufridos** por este durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación **fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista**» y que el órgano de contratación podrá conceder a instancia del contratista un **anticipo por anticipado del importe estimado de la indemnización que corresponda**. El abono del anticipo podrá realizarse en un solo pago o mediante pagos periódicos. Posteriormente, el importe anticipado se descontará de la liquidación del contrato.

Un pago por anticipado es el cumplimiento de un compromiso de pago realizado con anterioridad a la fecha de la liquidación. El artículo 34 indica que el anticipo se podrá conceder por anticipado del importe estimado de la indemnización.

Según la RAE estimar es hacer un cálculo o valoración anticipados, generalmente del coste de algo. Es el proceso de encontrar una aproximación. En matemáticas, la aproximación describe el proceso de encontrar estimaciones en la forma de límites superiores o inferiores para una cantidad que no puede ser fácilmente evaluada con precisión, es decir, suponer o anticiparse a la realidad.

Por el contrario, el coste real o efectivo es aquel en el cual una empresa verdaderamente ha incurrido. Es decir, no se trata de una proyección o aproximación. Hace falta recalcular que el coste real no puede calcularse hasta que finalice la ejecución de la prestación.

Finalmente, la liquidación del contrato tiene por finalidad determinar – principalmente- el coste total de la prestación y la existencia de un saldo a favor o en contra del contratista o la Administración.

En el momento de la entrada en vigor del RDL 8/2020, el día 17 de marzo, la indemnización prevista en el artículo 34 era por el importe de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía. Por lo tanto, había que esperar a la reanudación del servicio, debidamente acordada por la Administración, para solicitar la indemnización total que le correspondiera.

Posteriormente, por Real decreto ley 17/2020, de 5 de mayo se añadió un párrafo al apartado 1 del artículo 34 del RDL 8/2020, en virtud del cual, en los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva que hubieran quedado suspendidos conforme a lo que se preveía en este apartado, el órgano de contratación podría conceder a instancia del contratista un anticipo por anticipado del importe estimado de la indemnización que le correspondiera. El abono del anticipo se podría realizar en un solo pago o mediante pagos periódicos. Posteriormente, el importe anticipado se descontaría de la liquidación del contrato.

9. El Departamento de Contratación de la Consejería de Educación y Formación Profesional ha informado favorablemente la estimación parcial del recurso, basándose, en síntesis, en los fundamentos jurídicos siguientes:

1.- En cuanto al primer motivo de interposición del recurso, “incorrecta aplicación por parte del órgano de contratación del artículo 34 del RDL 8/2020”, tal y como ya se ha enunciado anteriormente, se tiene que reconocer que este órgano de contratación había hecho una interpretación errónea y limitativa del concepto adelantada y por lo tanto, esta se tiene que entender como una estimación por anticipado de una futura indemnización que podría haber sido superior o inferior, según el caso, al importe adelantado. Por lo tanto, se acepta de pleno este argumento.

2.- Sobre el error en el cálculo de los gastos salariales justificados por la UTE, se acepta que no se tendrían que haber considerado sólo indemnizables los importes inicialmente solicitados como anticipo.

No obstante, no se acepta el argumento en lo referente a que el órgano de contratación no consideró indemnizables los gastos salariales efectuados por los subcontratistas, dado que no se trata de “gastos que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión”.

[...]

Este criterio queda reflejado, entre otros, en el Informe de la *Subdirección General de Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado*, de 23 de marzo de 2020, sobre la «Imprudencia de indemnizar al contratista, al amparo del art. 34.4 RDL 8/2020, por los costes salariales soportados por el subcontratista». Posteriormente, esta misma interpretación también fue adoptada por la Guía de Aplicación de Medidas en materia de contratación pública de la CAIB COVID-19 (versión 5, de 11 de mayo; apartado II.6.b).

3.- En cuanto al error en el cálculo de los gastos de alquileres, mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos nuevamente se tiene que partir de la aceptación del hecho que no se tendrían que haber considerado sólo indemnizables los importes inicialmente solicitados como anticipo.

Dentro de esta categoría de gastos la UTE también relaciona gastos de las empresas subcontratistas Irubus SAU y Autobuses del Triángulo.

[...]

El órgano de contratación no aceptó la cuantificación de estos gastos del art. 34.1.3º RDL 8/2020 como indemnizables siguiendo un criterio análogo al de los gastos salariales de los subcontratistas y atendiendo al hecho que no se trataba de gastos efectivos realizados por el contratista sino que las facturas correspondían a terceras empresas subcontratadas. Además, en la situación de aquel momento en que había ayudas y otros mecanismos estatales y autonómicos dirigidos a empresas y autónomos para paliar el impacto económico del COVID-19 se consideró que estos subcontratistas se tenían que acoger a aquellos otros mecanismos y ayudas, y sólo aquellas empresas con relación contractual vigente con un ente del sector público se podían acoger al régimen específico del art. 34 del RDL 8/2020.

Por lo tanto, no se acepta la alegación hecha en relación a estos gastos de los subcontratistas.

Si bien ahora en sede de revisión es conveniente plantear si fue correcta o no esta interpretación del citado precepto en relación a gastos de subcontratistas, en el supuesto que nos ocupa, del apartado de “alquileres y mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos”.

4.- En cuanto a los gastos relativos a “pólizas de seguros previstos al pliego y vinculadas a la finalidad del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato” también se acepta que se tendrían que haber indemnizado todos los gastos justificados de esta categoría y no sólo los importes inicialmente solicitados como anticipo.

No obstante, no se podrán computar los gastos de esta clase realizadas por los subcontratistas, dado que se entiende que no se trata de seguros suscritos por el contratista en los términos del art. 34.1.4º RDL 8/2020.

10. Entrando ya en el fondo del recurso, hay que decir lo siguiente:

10.1 Como reconoce el órgano de contratación, se hizo una interpretación errónea del concepto de anticipo. El RDL 8/2020 no establece ningún requisito en relación a la cuantificación del anticipo, ni tampoco que este importe avanzado sea el de la indemnización total, ni que el anticipo abonado sea un límite que no permita justificar gastos efectivos por un importe superior.

Hay que recordar que el importe anticipado era tan sólo una apreciación. Como hemos dicho antes, una estimación es una aproximación puesto que el importe de los gastos efectivos no se puede conocer hasta la finalización del periodo de suspensión de los contratos, por lo tanto había la posibilidad que los gastos efectivamente realizados fueran inferiores pero también superiores a las estimadas en la solicitud del anticipo teniendo en cuenta la situación de inestabilidad e incertidumbre provocada por el estado de alarma. Y es por eso que el RDL establece que el importe anticipado se descontará de la liquidación del contrato.

No obstante esto, tenemos que analizar si todos los conceptos justificados como gasto de son indemnizables o no.

10.2 Según el art. 34, en relación con los gastos de personal, son indemnizables los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figura adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión.

Como señala el Departamento de contratación en su informe, *el Informe de la Subdirección General de Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado*, de 23 de marzo de 2020, sobre la «*Improcedencia de indemnizar al contratista, al amparo del art. 34.4 RDL 8/2020, por los costes salariales soportados por el subcontratista*» concluye que els pagos realizados por los contratistas a los subcontratistas por los servicios prestados por los trabajadores del subcontratista no tienen consideración de gastos salariales indemnizables.

Según la RAE el concepto de salario es «dinero que recibe una persona de la empresa o entidad para la que trabaja en concepto de paga, generalmente de manera periódica».

Por lo tanto un gasto relativo al personal para ser considerada gasto salarial lo tiene que recibir una persona con relación laboral con una empresa o entidad, circunstancia que no se da en el caso del personal del subcontratista que no tiene relación laboral directa con el contratista.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 707/2016, de 21 de julio,

La subcontratación es una modalidad de operar en el mercado con una cierta descentralización productiva, cuando una empresa contrata o subcontrata con otra empresa la realización de tareas o servicios correspondientes a su propia actividad; el resultado consistirá en la transferencia de una parcela del proceso productivo para que, temporalmente, otra empresa realice, con su propio personal, una parte de la actividad del dueño del negocio, aunque en realidad en estos supuestos los trabajadores no debieran verse afectados básicamente por la aplicación de esta política laboral, porque van a seguir dependiendo de su empresario, aunque el resultado de su esfuerzo esté destinado a otro empresario con el que no mantienen vínculo alguno.

Por otro lado, en la documentación justificativa presentada por la recurrente se incluyen las nóminas de un trabajador del contratista con categoría de «Jefe de Tráfico 1ª».

El hecho que el artículo 34 utilice el término «adscrito» no es una cuestión falta de importancia a efectos interpretativos. El verbo adscribir lo define la RAE como “asignar a una persona a un servicio o a un destino concretos”.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la Sentencia 246/2022, 18 de marzo de 2022, de resolución de un recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Consejería de Educación por un contrato de acompañante del transporte escolar, argumenta lo siguiente:

Ahora bien a ello hemos de decir que conforme a lo dispuesto en el art. 34.1 de Real Decreto Ley 8/2020 únicamente son indemnizables los gastos del personal que figura adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, debiendo de ser la interpretación de este provisional, excepcional, restrictiva, por tanto corresponderán a los costes salariales de las personas formalmente asignadas a la ejecución ordinaria del concreto contrato, y resultar imposible para el contratista su empleo para otro contrato, desde el momento que el mencionado precepto establece:

"La aplicación de lo dispuesto en este apartado sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primero párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: Las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento, y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido lo plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, este deberá entenderse desestimatoria".

Es por ello que los mencionados requisitos deberán concurrir acumulativamente, no sucediendo ello **ni caso de la coordinadora ni del personal de estructura**, no estando acreditado que el contratista no pudiese emplearlos en un contrato distinto al objeto del presente pleito, **siendo éste personal que responde a la estructura organizativa de propia empresa**, siendo por ello que la adscripción de un coordinador/a que actúe como interlocutor de la Administración, es una exigencia del pliego (15.1.c), pero no se exige su dedicación plena y absoluta al contrato por lo que no puede establecerse la vinculación pretendida por la parte recurrente, al igual que el personal de estructura que no figura

adscrito a dicho contrato, razones ellas, que llevan a esta Sala a la desestimación del recurso interpuesto.

En una empresa de transportes, el jefe de tráfico es responsable de organizar el reparto de tareas y de la asignación de conductores y vehículos, destinados a las entregas para los diferentes clientes a servir en cada jornada laboral. Además, es responsable de controlar y aprobar la salida de vehículos, monitorar el estado de la flota y el desarrollo de cada uno de los planes de viaje, para poder así detectar desviaciones, controlar descansos, permisos de los conductores y el uso adecuado de los vehículos, y por supuesto, gestionar alarmas e incidencias que afecten el servicio, como por ejemplo: cambios en condiciones climatológicas o accidentes que imposibiliten usar una ruta determinada, roturas de la cadena de frío, robos o daños sufridos por vehículos o mercancías, etc...

Es, por lo tanto, una categoría de personal que responde a la estructura organizativa de la empresa y no tiene una dedicación exclusiva al contrato.

Dado todo el expuesto antes, el importe total a indemnizar por el concepto de gastos salariales será el del gasto total efectivamente suportada por el contratista y que corresponda a los medios personales adscritos directamente a la ejecución del contrato, es decir, los conductores de los vehículos, contratados directamente por el recurrente, independientemente del importe solicitado como anticipo.

10.3. En relación con los gastos de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos y de las pólizas de seguro tiene razón el recurrente cuando alega que las cantidades consignadas en la solicitud de anticipo eran una mera estimación susceptible de ser modificada en el momento de la liquidación definitiva y así se reconoce en la contestación a la alegación primera.

Sin embargo, la amortización contable de los vehículos no se puede considerar un gasto efectivo tal como manifestamos en la resolución de los recursos 2, 3 y 5/2023.

El concepto de amortización contable se refiere a la manera de cuantificar las depreciaciones de los activos para la contabilidad de una organización. Lo que trata de recoger la amortización contable es el uso y desvalorización de un activo, puesto que con el tiempo, estos pierden valor, y hay que reflejar en los libros contables el valor justo y propio que un bien presenta en un determinado momento dada su obsolescencia. Podemos considerar que esta pérdida de valor constituye un gasto más que la empresa tiene que soportar para poder realizar su actividad, y diez, en consecuencia, contabilizarlo y tenerlo en cuenta a la hora de calcular su resultado económico.

Por esta razón, desde un punto de vista económico, la amortización representa un gasto para la empresa. Pero, a diferencia de los otros gastos, la amortización no constituye para la empresa un pago o salida de efectivo inmediato o a corto plazo,

sino una pérdida de valor de un elemento patrimonial que hará que, al cabo de unos ciertos años, tenga que sustituirlo. Será entonces cuando se traducirá en un pago, por eso, desde el punto de vista financiero, la amortización representa una salida de efectivo a medio o largo plazo para la empresa.

Por todo esto, entendemos no se puede considerar la amortización como un gasto efectivo durante el periodo de suspensión del contrato, ni se puede considerar gasto indemnizable de acuerdo con el artículo 34.1.3er del RDL 8/2020.

Por otro lado, en cuanto a los gastos de los subcontratistas por este concepto se tiene que decir que el artículo 34 del RDL 8/2020 establece que

«la aplicación del que se dispone en este apartado sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato a consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con cuyo objeto **el contratista tendrá que dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las cuales la ejecución del contrato ha resultado imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en este momento; y los motivos que imposibilitan la ocupación por el contratista de los medios citados en otro contrato.** Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta tendrá que entenderse desestimatoria.»

La UTE contratista no relacionó como adscrito al contrato ningún vehículo de los subcontratistas en su solicitud de suspensión.

Además el artículo 34 establece que la entidad adjudicadora tendrá que abonar al contratista los daños y perjuicios **efectivamente sufridos por este** durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, **efectividad** y cuantía **por el contratista** y la documentación justificativa presentada por el recurrente no se refiere a gastos abonadas por el contratista sino a gastos satisfechos por el subcontratista a terceros.

La Junta Consultiva de Aragón en su informe 2/2013 en relación a la subcontratación manifiesta que:

Conviene recordar que las distintas relaciones de subcontratación en fase de ejecución no modifican la posición del contratista frente a la Administración —único obligado frente a ella—, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas. De tal manera que la relación entre el contratista y los subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal, y de la relación entre la Administración y el propio contratista. La subcontratación no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que solo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse.

10.4 Por último, en relación con el seguro del vehículo, el artículo 34 establece que serán indemnizables los gastos correspondientes en las pólizas de seguro

previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Compartimos el criterio del órgano de contratación manifestado al informe jurídico y se acepta que se tendrían que haber indemnizado los gastos justificados de esta categoría y no sólo los importes inicialmente solicitados como anticipo.

No obstante, no se podrán computar los gastos de esta clase realizadas por los subcontratistas, dado que se entiende que no se trata de seguros suscritos por el contratista en los términos del art. 34.1.4º RDL 8/2020.

En consecuencia, por todo el expuesto, el órgano de contratación tendrá que retrotraer el procedimiento para rehacer los cálculos de la liquidación de los gastos indemnizables para la suspensión del contrato de la empresa UTE Subus/TGO/Nadal por la COVID 19, en los términos señalados en el presente acuerdo.

Por todo esto, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Estimar parcialmente las pretensiones de la recurrente y anular las Resoluciones de reintegro parcial del anticipo otorgado por anticipado a UTE Subus/TGO/Nadal del importe estimado de la indemnización por suspensión de los contratos del lote 2 y del lote 4 debido a la COVID 19, de 2 de febrero de 2023.
2. Desestimar las pretensiones de la recurrente en relación con los gastos del personal, de alquileres y mantenimiento y pólizas de seguro correspondientes a los subcontratistas.
3. Ordenar al órgano de contratación que retrotraiga el procedimiento en el momento de calcular nuevamente el importe de la liquidación de los gastos indemnizables por la suspensión de los contratos por la COVID 19, incluyendo los gastos de personal justificadas correspondientes a los conductores de los vehículos contratados por la recurrente, los importes justificados de las pólizas de seguro de los vehículos y los gastos de alquiler y mantenimiento justificadas, sin incluir la amortización de los vehículos ni ninguno de los gastos satisfechos por los subcontratistas.
4. Notificar este Acuerdo a la recurrente y al órgano de contratación.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— se puede interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses contadores desde el día siguiente de haber recibido la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 a y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero