



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

Exp. Junta Consultiva: RES 11/2023

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de servei de transport escolar PRO11 2019/2732 (CONTR 2017/1481, lot 2 de l'expedient principal CONTR 2017/1477) i PRO11 2019/2736 (CONTR 2017/1483, lot 4 de l'expedient principal CONTR 2017/1477)

Òrgan de contractació: conseller d'Educació i Formació Professional

Recurrent: UTE Subus/TGO/Nadal

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 31 de maig de 2023

Vist el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat la UTE Subus/TGO/Nadal, contra dues Resolucions del conseller d'Educació i Formació Professional, de 2 de febrer de 2023, en virtut de les quals es va acordar el reintegrament parcial de les bestretes rebudes a compte de la indemnització per la suspensió, a causa de la COVID-19, dels contractes del lot 2 i del lot 4 de transport escolar, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 31 de maig de 2023, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 12 de setembre de 2017, la Conselleria d'Educació i Universitat (actualment Conselleria d'Educació i Formació Professional) i la UTE Subus/TGO/NADAL, varen formalitzar els contractes del lot 2 i del lot 4 pel servei de transport escolar per a centres educatius de les Illes Balears (lot 2 CONTR 2017/1481 exp. principal CONTR 2017/1477; lot 4 CONTR 2017/1483 exp. principal CONTR 2017/1477).

Ambdós contractes, amb una durada inicial de dos cursos escolars (2017/18 i 2018/19) es varen prorrogar per dos cursos més (exp. PRO11 2019/2732 i PRO11 2019/2736) fins el final del curs escolar 2020/21.

2. El 6 d'abril de 2020, la UTE Subus/TGO/Nadal (en endavant, la contractista) va sol·licitar a la Conselleria d'Educació (en endavant, l'òrgan de contractació) la suspensió dels contractes, en virtut de l'article 34.1 del Reial Decret-Llei 8/2020, de 17 de març, de mesures urgents



extraordinàries per fer front a l'impacte econòmic i social de la COVID-19, (d'ara endavant, el RDL 8/2020). En la sol·licitud de suspensió declarava els motius que impossibilitaven l'execució, en els termes pactats, dels dos contractes (PRO11 2019/2732 i PRO11 2019/2736) i relacionava, com a mitjans adscrits a l'execució del contracte, 9 conductors i 9 vehicles d'Operadors de Mobilitat Balears i 7 conductors i 7 vehicles de Autocares Nadal. A més indicava que tenia 4 subcontractistes autoritzats.

3. El 3 de juny de 2020, l'òrgan de contractació va dictar la Resolució de suspensió dels dos contractes per resultar impossible l'execució contractual en els termes pactats com a conseqüència de la COVID-19, amb efectes des del 16 de març de 2020.
4. El 16 de juny de 2020, la contractista va sol·licitar bestreure, a compte de la indemnització per la suspensió dels dos contractes (des de la segona quinzena de març, el mes d'abril, maig i juny de 2020), l'estimació de despeses dels conceptes indemnitzables previstos a l'article 34.1 del RDL 8/2020 següents:
 - Del contracte del lot 2 (PRO11 2019/2732): una bestreta total de 95.565,77 €, per les despeses següents:
 - a) Despeses salarials: 41.066,53 €
 - b) Despeses per manteniment de garantia: 444,66 €
 - c) Despeses de lloguer o de manteniment: 50.123,33 €
 - d) Despeses corresponents a les pòlisses: 3.931,35 €
 - Del contracte del lot 4 (PRO11 2019/2736): una bestreta total de 42.699,92 €, per les despeses següents:
 - a) Despeses salarials: 11.567,24 €
 - b) Despeses per manteniment de garantia: 318,79 €
 - c) Despeses de lloguer o de manteniment: 30.813,90 €
 - d) Despeses corresponents a les pòlisses: 0 €
5. El 17 de juny de 2020, l'òrgan de contractació, prèvia l'emissió de l'informe tècnic de càlcul de les bestretes sol·licitades, va resoldre aprovar les bestretes a favor de la UTE contractista pels imports que havia sol·licitat, és a dir:
 - Lot 2 (PRO11 2019/2732): 95.565,77 €
 - Lot 4 (PRO11 2019/2736): 42.699,92 €

En aquestes resolucions es va fer constar que, un cop aixecada la suspensió dels contractes, la contractista hauria de presentar la



documentació justificativa per liquidar la indemnització pels danys i perjudicis derivats de la suspensió dels contractes.

6. El 2 de novembre de 2020, la UTE va presentar una memòria justificativa, la documentació per acreditar de la indemnització pels danys i perjudicis derivats de la suspensió i va sol·licitar la liquidació definitiva de la indemnització per la suspensió dels dos contractes per un import total al seu favor de 19.834,68 €.
7. El 21 de juliol de 2022, l'òrgan de contractació, revisada la sol·licitud de la contractista, va iniciar els procediments de reintegrament parcial de les quanties bestretes i no justificades en concepte d'indemnització pels danys i perjudicis derivats de la suspensió dels contractes. Concretament:
 - Del contracte del lot 2 (PRO11 2019/2732) la diferència entre l'import de la bestreta i l'import justificat per la contractista era de 95.565,77 € - 93.762,20 €, la qual cosa feia un total a reintegrar de 1.803,57 € a favor de l'Administració.
 - Del contracte del lot 4 (PRO11 2019/2736) la diferència entre l'import de la bestreta i l'import justificat per la contractista era de 42.699,93 € - 3.924,01 €, amb un total a reintegrar de 38.775,92 € a favor de l'Administració.
8. El 4 d'agost de 2022, la UTE contractista va presentar escrit d'al·legacions en el qual s'oposava als reintegraments, perquè en la seva opinió:
 - S'havia aplicat incorrectament l'article 34 del Reial decret llei 8/2020, en relació amb al caràcter no limitatiu de les bestretes en relació amb l'import final de les indemnitzacions
 - Hi havia errors en l'import de les indemnitzacions
 - S'havien de reconèixer les despeses de personal de les empreses subcontractistes.

A més, en aquest escrit la contractista, calculava les liquidacions al seu favor per import total de 19.834,69 €, concretament:

- Del contracte lot 2 (PRO11 2019/2732): import pendent de percebre: 43.628,94 €.
 - Del contracte lot 4 (PRO11 2019/2736): import a reintegrar per la UTE: 23.749,26 €
9. El 2 de febrer de 2023, l'òrgan de contractació, a proposta de la directora general de Primera Infància, Innovació i Comunitat Educativa, va desestimar les al·legacions de la contractista i va resoldre aprovar el



reintegrament parcial, a favor de l'Administració de les bestretes a compte de la indemnització per la suspensió dels contractes, amb els imports següents:

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

Ambdues resolucions es varen notificar a la UTE el 13 de febrer de 2023.

10. El 13 de març de 2023, la UTE va presentar un recurs especial en matèria de contractació, davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA), contra les Resolucions en virtut de les quals s'havia acordat el reintegrament parcial de les bestretes.

La recurrent fonamenta el recurs, en resum, en les següents al·legacions:

- Incorrecta aplicació, per part de l'òrgan de contractació, de l'article 34 del Reial decret llei 8/2020 i errades en el càlcul de determinades despeses indemnitzables. Segons la recurrent:

- Pel que fa a l'expedient del lot 2 (PRO11 2019/2732), considera que no li correspon reintegrar 1.803,57 €, sinó que li pertoca percebre 43.133,33 € per la diferència entre la bestreta rebuda (95.565,77 €) i les despeses indemnitzables (138.699,10 €).

- Pel que fa a l'expedient del lot 4 (PRO11 2019/2736), considera que no li correspon reintegrar 38.775,92 €, sinó que només li pertoca reintegrar 23.830,79 € per la diferència entre la bestreta rebuda (42.699,93 €) i les despeses indemnitzables (18.550,35 €).

- En conclusió, segons la recurrent, la liquidació per les indemnitzacions dels dos contractes ascendiria a 19.302,54 € al seu favor (43.133,33 € - 38.775,92 € = 19.302,54 €).

Per tot això, la recurrent sol·licita que es rectifiquin les Resolucions de liquidació impugnades en el sentit que sol·licita.

11. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA) ha tramitat l'expedient administratiu relatiu al recurs especial, d'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i la resta de normes aplicables.

12. El 4 d'abril de 2023, la Conselleria d'Educació i Formació Professional, va trametre a la JCCA l'expedient administratiu complet, juntament amb els



corresponents informes tècnic i jurídic emesos en relació amb el recurs especial interposat per la recurrent.

Aquests informes proposen que s'estimi parcialment el recurs.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte del recurs especial és la Resolució de reintegrament parcial de quantitats no justificades i percebudes en concepte d'indemnització per la suspensió, a causa de la COVID-19, d'un contracte de serveis. La resolució la va dictar la Conselleria d'Educació i Formació Professional, que té el caràcter d'Administració Pública.
2. L'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB) regula el recurs especial en matèria de contractació, en el sentit següent:

1. Contra els actes dels òrgans de contractació es pot interposar un recurs especial en matèria de contractació. Aquest recurs, al qual és aplicable el règim jurídic previst en la legislació bàsica per al recurs de reposició, té caràcter potestatiu, l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació i substitueix, a tots els efectes, el recurs de reposició.

Es tracta, per tant, d'un recurs especial que substitueix, en matèria de contractació, al recurs de reposició i es pot interposar en els casos en què sigui procedent, això és, contra els actes que dictin els òrgans de contractació que tinguin la consideració d'administració pública, que posin fi a la via administrativa, excepte quan siguin actes susceptibles del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 44 de la LCSP.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra m de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

3. El règim jurídic aplicable al fons és el Reial Decret Llei 8/2020, de 17 de març, de mesures urgents extraordinàries per fer front a l'impacte econòmic i social del COVID-19, que incorpora mesures que alteren transitòriament el règim jurídic de la suspensió del contracte establert a la legislació general de contractació de contractació pública, tot això amb la finalitat d'evitar els efectes negatius sobre l'ocupació i la viabilitat empresarial derivades de la suspensió de contractes públics.



4. La recurrent es troba legitimada per interposar el recurs, que s'ha interposat mitjançant representant acreditat.
5. El termini per interposar el recurs especial de l'art. 66 de la LRJCAIB, d'acord amb l'art. 122 LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat. El recurs s'ha interposat dins del termini establert.
6. En el recurs interposat, la recurrent sol·licita que es rectifiquin les Resolucions de liquidació impugnades per incorrecta aplicació, per part de l'òrgan de contractació, de l'article 34 del Reial Decret-Llei 8/2020 i errades en el càlcul de determinades despeses indemnitzables. Segons la recurrent:

- Pel que fa a l'expedient PRO11 2019/2732, considera que no li correspon reintegrar 1.803,57 €, sinó que li pertoca percebre 43.133,33 € per la diferència entre la bestreta rebuda (95.565,77 €) i les despeses indemnitzables (138.699,10 €).

- Pel que fa a l'expedient PRO11 2019/2736, considera que no li correspon reintegrar 38.775,92 €, sinó que només li pertoca reintegrar 23.830,79 € per la diferència entre la bestreta rebuda (42.699,93 €) i les despeses indemnitzables (18.550,35 €).

- En conclusió, segons la recurrent la liquidació per les indemnitzacions dels dos contractes ascendiria a 19.302,54 € al seu favor (43.133,33 € - 38.775,92 € = 19.302,54 €).

Més concretament, els motius per a la interposició del recurs que al·lega la recurrent en l'escrit de recurs són resumidament els següents:

Primero. Incorrecta aplicació 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 es 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. Abans d'entrar a analitzar les al·legacions de la recurrent, cal fer una referència als preceptes que resulten d'aplicació directa a la qüestió plantejada.

Reial decret llei 8/2020, de 17 de març, de mesures urgents extraordinàries per a fer front a l'impacte econòmic i social del COVID-19.

Article 34. Mesures en matèria de contractació pública per a pal·liar les conseqüències del COVID-19.

1. Els **contractes públics de serveis** i de subministraments de prestació successiva, vigents a l'entrada en vigor d'aquest reial decret llei, celebrats per les entitats pertanyents al Sector Públic, en el sentit definit en l'article 3 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, **l'execució del qual esdevingui impossible a conseqüència del COVID-19 o les mesures adoptades per l'Estat, les comunitats autònomes o l'Administració local per a combatre'l, quedaran suspesos totalment o parcialment des que es produís la situació de fet que impedeix la seva prestació i fins que aquesta prestació pugui reprendre's**. A aquest efecte, s'entendrà que la prestació pot reprendre's quan, havent cessat les circumstàncies o mesures que la vinguessin impeding, l'òrgan de contractació notifiqués al contractista la fi de la suspensió.

Quan conformement al que es disposa en el paràgraf anterior, l'execució d'un contracte públic quedarà totalment en suspens, **l'entitat adjudicadora haurà d'abonar al contractista els danys i perjudicis efectivament soferts per aquest durant el període de suspensió, prèvia sol·licitud i acreditació fefaent de la seva realitat, efectivitat i quantia pel contractista**. Els danys i perjudicis pels quals el contractista podrà ser indemnitzat seran únicament els següents:

1r Les despeses salarials que efectivament hagués abonat el contractista al personal que figurés adscrit amb data 14 de març de 2020 a l'execució ordinària del contracte, durant el període de suspensió.

2n Les despeses per manteniment de la garantia definitiva, relatius al període de suspensió del contracte.

3r Les despeses de lloguers o costos de manteniment de maquinària, instal·lacions i equips relatius al període de suspensió del contracte, adscrits directament a l'execució del contracte, sempre que el contractista acreditati que aquests mitjans no van poder ser emprats per a altres fins diferents durant la suspensió del contracte.

4t Les despeses corresponents a les pòlisses d'assegurança previstes en el plec i vinculades a l'objecte del contracte que hagin estat subscrietes pel contractista i estiguin vigents en el moment de la suspensió del contracte.

En cas de suspensió parcial, els danys i perjudicis a abonar seran els corresponents conforme al present apartat d'aquest article a la part del contracte suspesa.



L'aplicació del que es disposa en aquest apartat només procedirà quan l'òrgan de contractació, a instàncies del contractista i en el termini de cinc dies naturals hagués apreciat la impossibilitat d'execució del contracte a conseqüència de la situació descrita en el seu primer paràgraf. Amb aquesta finalitat el contractista haurà de dirigir la seva sol·licitud a l'òrgan de contractació reflectint: les raons per les quals l'execució del contracte ha esdevingut impossible; el personal, les dependències, els vehicles, la maquinària, les instal·lacions i els equips adscrits a l'execució del contracte en aquest moment; i els motius que impossibiliten l'ocupació pel contractista dels mitjans citats en un altre contracte. Les circumstàncies que es posin de manifest en la sol·licitud podran ser objecte de posterior comprovació. Transcorregut el termini indicat sense notificar-se la resolució expressa al contractista, aquesta haurà d'entendre's desestimada.

[...]

En els contractes de serveis i de subministraments de prestació successiva que hagin quedat suspesos conforme al que es preveu en aquest apartat, **l'òrgan de contractació podrà concedir a instàncies del contractista una bestreta a compte de l'import estimat de la indemnització que correspongui. L'abonament de la bestreta podrà realitzar-se en un sol pagament o mitjançant pagaments periòdics. Posteriorment, l'import anticipat es descomptarà de la liquidació del contracte.** L'òrgan de contractació podrà exigir per a efectuar la bestreta que el mateix s'asseguri mitjançant qualsevol de les formes de garantia previstes en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic.

8. També es considera oportú aclarir els conceptes de de bestreta o pagament a compte, estimació i despeses efectives, conceptes que s'utilitzen pel legislador en l'art. 34.1 del RDL 8/2020, quan assenyalava que «l'entitat adjudicadora haurà d'abonar al contractista els danys i perjudicis **efectivament soferts** per aquest durant el període de suspensió, prèvia sol·licitud i **acreditació fefaent de la seva realitat, efectivitat i quantia pel contractista**» i que l'òrgan de contractació podrà concedir a instàncies del contractista una **bestreta a compte de l'import estimat de la indemnització que correspongui**. L'abonament de la bestreta podrà realitzar-se en un sol pagament o mitjançant pagaments periòdics. Posteriorment, l'import anticipat es descomptarà de la liquidació del contracte.

Un pagament a compte és el compliment d'un compromís de pagament realitzat amb anterioritat a la data de la liquidació. L'article 34 indica que la bestreta es podrà concedir a compte de l'import estimat de la indemnització.

Segons la RAE estimar és fer un càlcul o valoració anticipats, generalment del cost d'alguna cosa. És el procés de trobar una aproximació. En matemàtiques, l'aproximació descriu el procés de trobar estimacions en la forma de límits superiors o inferiors per a una quantitat que no pot ser fàcilment avaluada amb precisió, és a dir, suposar o anticipar-se a la realitat.

Per contra, el cost real o efectiu és aquell en el qual una empresa veritablement ha incorregut. És a dir, no es tracta d'una projecció o aproximació. Cal recalcar que el cost real no pot calcular-se fins que finalitzi l'execució de la prestació.

Finalment, la liquidació del contracte té per finalitat determinar –principalment– el cost total de la prestació i l'existència d'un saldo a favor o en contra del contractista o l'Administració.



En el moment de la entrada en vigor del RDL 8/2020, el dia 17 de març, la indemnització prevista en l'article 34 era per l'import dels danys i perjudicis efectivament soferts pel contractista durant el període de suspensió, prèvia sol·licitud i acreditació fefaent de la seva realitat, efectivitat i quantia. Per tant, calia esperar a la represa del servei, degudament acordada per l'Administració, per a sol·licitar la indemnització total que li correspongués.

Posteriorment, per Reial decret llei 17/2020, de 5 de maig es va afegir un paràgraf a l'apartat 1 de l'article 34 del RDL 8/2020, en virtut del qual, en els contractes de serveis i de subministraments de prestació successiva que haguessin quedat suspesos conforme al que es preveia en aquest apartat, l'òrgan de contractació podria concedir a instàncies del contractista una bestreta a compte de l'import estimat de la indemnització que li correspongués. L'abonament de la bestreta es podria realitzar en un sol pagament o mitjançant pagaments periòdics. Posteriorment, l'import anticipat es descomptaria de la liquidació del contracte.

9. El Departament de Contractació de la conselleria d'Educació i Formació Professional ha informat favorablement l'estimació parcial del recurs, basant-se, en síntesi, en els fonaments jurídics següents:

1.- Quant al primer motiu d'interposició del recurs, "incorrecta aplicació per part de l'òrgan de contractació de l'article 34 del RDL 8/2020", tal i com ja s'ha enunciat anteriorment, s'ha de reconèixer que aquest òrgan de contractació havia fet una interpretació errònia i limitativa del concepte bestreta i per tant, aquesta s'ha d'entendre com una estimació a compte d'una futura indemnització que podria haver sigut superior o inferior, segons el cas, a l'import bestret. Per tant, s'accepta de ple aquest argument.

2.- Sobre l'error en el càlcul de les despeses salarials justificades per la UTE, s'accepta que no s'haurien d'haver considerat només indemnitzables els imports inicialment sol·licitats com a bestreta.

No obstant, no s'accepta l'argument referent a que l'òrgan de contractació no va considerar indemnitzables les despeses salarials efectuades pels subcontractistes, atès que no es tracta de "despeses que efectivament hagués abonat el contractista al personal que figurés adscrit amb data 14 de març de 2020 a l'execució ordinària del contracte, durant el període de suspensió".

[...]

Aquest criteri queda reflectit, entre d'altres, en l'Informe de la *Subdirecció General de Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado*, de 23 de març 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». Posteriorment, aquesta mateixa interpretació també va ser adoptada per la Guia d'Aplicació de Mesures en matèria de contractació pública de la CAIB COVID-19 (versió 5, d'11 de maig; apartat II.6.b).

3.- Quant a l'error en el càlcul de les despeses de lloguers, manteniment de maquinària, instal·lacions i equips novament s'ha de partir de l'acceptació del fet que no s'haurien d'haver considerat només indemnitzables els imports inicialment sol·licitats com a bestreta.

Dins aquesta categoria de despeses la UTE també hi relaciona despeses de les empreses subcontractistes Irubus SAU i Autobuses del Triángulo.



[...]

L'òrgan de contractació no va acceptar la quantificació d'aquestes despeses de l'art 34.1.3º RDL 8/2020 com a indemnitzables seguint un criteri anàleg al de les despeses salarials dels subcontractistes i atenent al fet que no es tractava de despeses efectives realitzades pel contractista sinó que les factures corresponien a terceres empreses subcontractades. A més, en la situació d'aquell moment en què hi havia ajudes i altres mecanismes estatals i autonòmics adreçats a empreses i autònoms per pal·liar l'impacte econòmic del COVID-19 es va considerar que aquests subcontractistes s'havien d'acollir a aquells altres mecanismes i ajudes, i només aquelles empreses amb relació contractual vigent amb un ens del sector públic es podien acollir al règim específic de l'art. 34 del RDL 8/2020.

Per tant, no s'accepta l'al·legació feta en relació a aquestes despeses dels subcontractistes.

Si bé ara en seu de revisió es convenient plantejar si va ser correcta o no aquesta interpretació del citat precepte en relació a despeses de subcontractistes, en el cas que ens ocupa, de l'apartat de "lloguers i manteniment de maquinària, instal·lacions i equips".

4.- Quant a les despeses relatives a "pòlisses d'assegurances previstes al plec i vinculades a la finalitat del contracte que hagin estat subscrietes pel contractista i estiguin vigents en el moment de la suspensió del contracte" també s'accepta que s'haurien d'haver indemnitzat totes les despeses justificades d'aquesta categoria i no nomé els imports inicialment sol·licitats com a bestreta.

No obstant, no es podran computar les despeses d'aquesta classe realitzades pels subcontractistes, atès que s'entén que no es tracta d'assegurances subscrietes pel contractista en els termes de l'art 34.1.4º RDL 8/2020.

10. Entrant ja en el fons del recurs, cal dir el següent:

10.1 Com reconeix l'òrgan de contractació, es va fer una interpretació errònia del concepte de bestreta. El RDL 8/2020 no estableix cap requisit en relació amb la quantificació de la bestreta, ni tampoc que aquest import avançat sigui el de la indemnització total, ni que la bestreta abonada sigui un límit que no permeti justificar despeses efectives per un import superior.

Cal recordar que l'import bestret era tan sols una estimació. Com hem dit abans, una estimació és una aproximació ja que l'import de les despeses efectives no es pot conèixer fins a la finalització del període de suspensió dels contractes, per tant hi havia la possibilitat que les despeses efectivament realitzades fossin inferiors però també superiors a les estimades en la sol·licitud de la bestreta tenint en compte la situació d'inestabilitat i incertesa provocada per l'estat d'alarma. I és per això que el RDL estableix que l'import anticipat es descomptarà de la liquidació del contracte.

No obstant això, hem d'analitzar si tots els conceptes justificats com a despesa de són indemnitzables o no.



10.2 Segons l'art.34, en relació amb les despeses de personal, són indemnitzables les despeses salarials que efectivament hagués abonat el contractista al personal que figura adscrit amb data 14 de març de 2020 a l'execució ordinària del contracte, durant el període de suspensió.

Com assenyala el Departament de contractació en el seu informe, *l'Informe de la Subdirección General de Servicios Consultivos de la Abogacía del Estado*, de 23 de març 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*» conclou que els pagaments realitzats pels contractistes als subcontractistes pels serveis prestats pels treballadors del subcontractista no tenen consideració de despeses salarials indemnitzables.

Segons la RAE el concepte de salari és «dinero que recibe una persona de la empresa o entidad para la que trabaja en concepto de paga, generalmente de manera periódica».

Per tant una despesa relativa al personal per a ser considerada despesa salarial l'ha de rebre una persona amb relació laboral amb una empresa o entitat, circumstància que no es dóna en el cas del personal del subcontractista que no té relació laboral directa con el contractista.

Segons la Sentencia del Tribunal Suprem núm. 707/2016, de 21 de juliol,

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

D'altra banda, en la documentació justificativa presentada per la recurrent s'inclouen les nòmines d'un treballador del contractista amb categoria de «Jefe de Tráfico 1^a».

El fet que l'article 34 utilitzi el terme «adscrit» no és una qüestió mancada d'importància a efectes interpretatius. El verb adscriure el defineix la RAE com "assignar a una persona a un servei o a un destí concrets".

El Tribunal Superior de Justicia d'Astúries en la Sentència 246/2022, 18 de març de 2022, de resolució d'un recurs contenciós administratiu interposat contra la Conselleria d'Educació per un contracte d'acompanyant del transport escolar, argumenta el següent:



Ahora bien a ello hemos de decir que conforme a lo dispuesto en el art 34.1 del 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 primer 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 el 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 en 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 transports, el cap de trànsit és responsable d'organitzar el repartiment de tasques i de l'assignació de conductors i vehicles, destinats als lliuraments per als diferents clients a servir en cada jornada laboral. A més, és responsable de controlar i aprovar la sortida de vehicles, monitorar l'estat de la flota i el desenvolupament de cadascun dels plans de viatge, per a poder així detectar desviacions, controlar descansos, permisos dels conductors i l'ús adequat dels vehicles, i per descomptat, gestionar alarmes i incidències que afectin el servei, com per exemple: canvis en condicions climatològiques o accidents que impossibilitin usar una ruta determinada, trencaments de la cadena de fred, robatoris o danys soferts per vehicles o mercaderies, etc...

És, per tant, una categoria de personal que respon a l'estructura organitzativa de l'empresa i no té una dedicació exclusiva al contracte.

Atès tot l'exposat abans, l'import total a indemnitzar pel concepte de despeses salarials serà el de la despesa total efectivament suportada pel contractista i que correspongui als mitjans personals adscrits directament a l'execució del contracte,



és a dir, els conductors dels vehicles, contractats directament pel recurrent, independentment de l'import sol·licitat com a bestreta.

10.3. En relació amb les despeses de manteniment de maquinària, instal·lacions i equips i de les pòlisses d'assegurança té raó el recurrent quan al·lega que les quantitats consignades en la sol·licitud de bestreta eren una mera estimació susceptible de ser modificada en el moment de la liquidació definitiva i així es reconeix en la contestació a l'al·legació primera.

No obstant això, l'amortització comptable dels vehicles no es pot considerar una despesa efectiva tal i com manifestem en la resolució dels recursos 2, 3 i 5/2023. El concepte d'amortització comptable es refereix a la manera de quantificar les depreciacions dels actius per a la comptabilitat d'una organització. El que tracta de recollir l'amortització comptable és l'ús i desvaloració d'un actiu, ja que amb el temps, aquests perden valor, i cal reflectir en els llibres comptables el valor just i propi que un bé presenta en un determinat moment donada la seva obsolescència. Podem considerar que aquesta pèrdua de valor constitueix una despesa més que l'empresa ha de suportar per a poder realitzar la seva activitat, i deu, en conseqüència, comptabilitzar-ho i tenir-ho en compte a l'hora de calcular el seu resultat econòmic.

Per aquesta raó, des d'un punt de vista econòmic, l'amortització representa una despesa per a l'empresa. Però, a diferència de les altres despeses, l'amortització no constitueix per a l'empresa un pagament o sortida d'efectiu immediat o a curt termini, sinó una pèrdua de valor d'un element patrimonial que farà que, al cap d'uns certs anys, hagi de substituir-lo. Serà llavors quan es traduirà en un pagament, per això, des del punt de vista financer, l'amortització representa una sortida d'efectiu a mitjà o llarg termini per a l'empresa.

Per tot això, entenem no es pot considerar l'amortització com a una despesa efectiva durant el període de suspensió del contracte, ni es pot considerar despesa indemnitzable d'acord amb l'article 34.1.3er del RDL 8/2020.

D'altra banda, pel que fa a les despeses dels subcontractistes per aquest concepte s'ha de dir que l'article 34 del RDL 8/2020 estableix que

«l'aplicació del que es disposa en aquest apartat només procedirà quan l'òrgan de contractació, a instàncies del contractista i en el termini de cinc dies naturals hagués apreciat la impossibilitat d'execució del contracte a conseqüència de la situació descrita en el seu primer paràgraf. Amb aquesta finalitat **el contractista haurà de dirigir la seva sol·licitud a l'òrgan de contractació reflectint: les raons per les quals l'execució del contracte ha esdevingut impossible; el personal, les dependències, els vehicles, la maquinària, les instal·lacions i els equips adscrits a l'execució del contracte en aquest moment; i els motius que impossibiliten l'ocupació pel contractista dels mitjans citats en un altre contracte.** Les circumstàncies que es posin de manifest en la sol·licitud podran ser objecte de posterior comprovació. Transcorregut el termini indicat sense notificar-se la resolució expressa al contractista, aquesta haurà d'entendre's desestimada.»



La UTE contractista no va relacionar com a adscrit al contracte cap vehicle dels subcontractistes en la seva sol·licitud de suspensió.

A més l'article 34 estableix que l'entitat adjudicadora haurà d'abonar al contractista els danys i perjudicis **efectivament soferts per aquest** durant el període de suspensió, prèvia sol·licitud i acreditació fefaent de la seva realitat, **efectivitat** i quantia **pel contractista** i la documentació justificativa presentada pel recurrent no es refereix a despeses abonades pel contractista sinó a despeses satisfetes pel subcontractista a tercers.

La Junta Consultiva d'Aragó en el seu informe 2/2013 en relació amb la subcontractació manifesta 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 Per últim, en relació amb l'assegurança del vehicle, l'article 34 estableix que seran indemnitzables les despeses corresponents a les pòlisses d'assegurança previstes en el plec i vinculades a l'objecte del contracte que hagin estat subscrietes pel contractista i estiguin vigents en el moment de la suspensió del contracte.

Compartim el criteri de l'òrgan de contractació manifestat a l'informe jurídic i s'accepta que s'haurien d'haver indemnitzat les despeses justificades d'aquesta categoria i no només els imports inicialment sol·licitats com a bestreta.

No obstant, no es podran computar les despeses d'aquesta classe realitzades pels subcontractistes, atès que s'entén que no es tracta d'assegurances subscrietes pel contractista en els termes de l'art 34.1.4º RDL 8/2020.

En conseqüència, per tot l'exposat, l'òrgan de contractació haurà de retrotreure el procediment per tal de refer els càlculs de la liquidació de les despeses indemnitzables per la suspensió del contracte de l'empresa UTE Subus/TGO/Nadal per la COVID 19, en els termes assenyalats en el present acord.

Per tot això, dict el següent



Acord

1. Estimar parcialment les pretensions de la recurrent i anul·lar les Resolucions de reintegrament parcial de la bestreta atorgada a compte a UTE Subus/TGO/Nadal de l'import estimat de la indemnització per suspensió dels contractes del lots 2 i del lot 4 a causa de la COVID 19, de 2 de febrer de 2023.
2. Desestimar les pretensions de la recurrent en relació amb les despeses del personal, de lloguers i manteniment i pòlisses d'assegurança corresponents als subcontractistes
3. Ordenar a l'òrgan de contractació que retrotregui el procediment al moment de calcular novament l'import de la liquidació de les despeses indemnitzables per la suspensió dels contractes per la COVID 19, incloent les despeses de personal justificades corresponents als conductors dels vehicles contractats per la recurrent, els imports justificats de les pòlisses d'assegurança dels vehicles i les despeses de lloguer i manteniment justificades, sense incloure l'amortització dels vehicles ni cap de les despeses satisfetes pels subcontractistes.
4. Notificar aquest Acord a la recurrent i a l'òrgan de contractació.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 a i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero