

Reflexión sobre las consecuencias de la suspensión de los contratos de servicios de tracto sucesivo: ¿Indemnización o ERTE?

05/08/2020

La gravísima crisis sanitaria que estamos viviendo como consecuencia del COVID19 ha desembocado en una alteración sustancial de la actividad del sector público en nuestro país, y en especial en materia de contratación pública.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció en su disposición adicional tercera, la **suspensión de plazos administrativos**. Esto provocó una paralización de la nueva contratación pública en España, salvo para aquellos procedimientos de contratación que viniesen referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios.

Además, supuso la suspensión, al principio automática ¹, de los contratos públicos vigentes de servicios cuya ejecución deviniera imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo. En estos supuestos, el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la obligación para el poder adjudicador de proceder a indemnizar al adjudicatario por los daños y perjuicios que este sufra durante todo el tiempo que dure la suspensión, en definitiva, de indemnizar los gastos de ejecución del contrato.

En los contratos de servicios de tracto sucesivo, como los de seguridad, limpieza o mantenimiento de sistemas informáticos, uno de los factores con más peso en el precio del contrato suele corresponderse con los **gastos salariales** del personal adscrito al contrato. En este sentido, el art. 34.1 reconoce, en relación al art. 34.6, como uno de los conceptos indemnizables los gastos salariales del personal adscrito a la ejecución del contrato, por lo que se habrán de abonar, de forma total o parcial, en función del alcance de la suspensión, que puede ser total o parcial del contrato.

Llegados a este punto, surge una disyuntiva para el adjudicatario, que ve peligrar sus ingresos periódicos (ya que en los contratos de tracto sucesivo los pagos se suelen realizar de forma mensual) sin que se suspendan los pagos de salarios y cotizaciones sociales a la Seguridad Social. Pensemos, como comentaba antes, que este tipo de contratos, tienen una mano de obra muy intensiva, y por tanto el peso del gasto salarial es muy relevante en estos contratos. La disyuntiva en cuestión es la de si dicho adjudicatario puede o no acogerse a un expediente de regulación de empleo temporal (ERTE), y como encaja esto con la suspensión del contrato y las indemnizaciones consecuentes.

En primer lugar, hemos de exponer que el régimen de indemnización con cargo al art. 34 del

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sustituye y prevalece sobre el previsto en la Ley de Contratos del Sector Público (sea la actual Ley 9/2017 o la anterior RD Legislativo 3/2011), como norma especial y excepcional, además de posterior. Además hemos de señalar que este régimen de indemnización exige la previa **solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista**, lo que supone que, únicamente se va a poder acreditar el gasto efectivo a posteriori, una vez producido. Y aquí es donde esta la cuestión clave: ¿Cuándo se entiende producido?

Sobre este aspecto, la Abogacía del Estado en su informe Ref.- AEH - HACIENDA 10/20 (R-341/2020) de 7 de abril de 2020 ², afirma que no es posible realizar abonos a cuenta de las indemnizaciones de daños y perjuicios previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, sino que se habrá de esperar para reclamar las indemnizaciones a que se levante la suspensión y se reanude el contrato, ya que la Abogacía del Estado se acoge a la interpretación literal del precepto, y al principio de legalidad, indicando que no prevé tal posibilidad de abonos o anticipos a cuenta de la indemnización.

En la práctica esto supone, para el empresario, una carga fortísima, ya que habrá de seguir abonando salarios y no obtendrá ningún tipo de compensación en un plazo que podría ser de varios meses, lo que sin duda no es posible soportar para la mayor parte de PYMES de nuestro país. Y es que el plazo puede ser muy elevado ya que, una vez levantada la suspensión, que puede durar varios meses, habrá que realizar la solicitud, levantar acta y tramitar la indemnización (subsanciones, tramitación, notificaciones, etc...), lo que puede suponer un plazo muy largo, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver en el plazo genérico de 3 meses, por no tener otro plazo esta solicitud.

En todo caso, Comunidades Autónomas como Cataluña y Andalucía han dictado normativa autonómica para amparar los pagos a cuenta de las indemnizaciones y así tratar de paliar esta situación a las empresas adjudicatarias. Por su parte, la Circular 2/2020 de la Dirección de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco también establece esta posibilidad vía interpretativa, aplicando una interpretación teleológica, y posibilitando así un cobro mensual de las indemnizaciones, según se vayan pudiendo acreditar por el contratista.

La otra parte de la disyuntiva viene cuando el empresario, ante el panorama descrito anteriormente, valora la opción de solicitar un expediente de regulación de empleo suspensivo por fuerza mayor (ERTE), ya que, en principio estamos ante un supuesto que podría justificar dicha suspensión. Sin embargo, el Ministerio de Trabajo entiende que en los contratos de servicios de prestación sucesiva ³, amparados por el art. 34 del Real Decreto Ley 8/2020, no es posible solicitar un ERTE por fuerza mayor, ni por ninguna otra causa, debido a que existe una norma específica que prevé una indemnización al contratista por los gastos salariales y de Seguridad Social del personal afectado por la suspensión del contrato público y durante todo el período de suspensión. En consecuencia, indica que los contratos no quedan suspendidos y que no cabe solicitud del ERTE ya que ello supondría un enriquecimiento injusto.

La cuestión no es baladí, ya que tiene muchas implicaciones, algunas de las cuales resumo a continuación:

- Entiendo que el optar por una u otra opción sería posible, incluyendo la opción de optar por ambas simultáneamente en sus respectivos conceptos, ya que nunca se produciría un enriquecimiento ilícito en mi opinión. Así, si el empresario solicita la suspensión del contrato (o la Administración suspende el contrato de oficio) y luego presenta un ERTE,

llegado el momento de presentar la justificación del abono de salarios y cotizaciones ante el órgano de contratación, no sería posible acreditarlo, y en consecuencia no se abonaría esta parte de la indemnización, no produciéndose, en consecuencia, el enriquecimiento injusto por recibir abonos de dos órganos públicos por un mismo concepto.

- Por otro lado, creo que si tiene consecuencias presupuestarias para las Administraciones actuantes, ya que, si optamos por una u otra vía, quien habrá de soportar los costes de la suspensión, será en un caso, el órgano de contratación (Entidad Local, Comunidad Autónoma o Estado), pero en el caso de un ERTE, será el Estado el que soporte el gasto, por lo que si puede tener un importante efectos “redistributivo” de costes para las Administraciones.
- También tiene consecuencias para los trabajadores, ya que, si se suspende el contrato, los trabajadores seguirán cobrando su sueldo íntegro, de la misma forma que con anterioridad a la suspensión. Sin embargo, en caso de ERTE, cobrarán lo que les corresponda en función de su base de cotización, lo que podría implicar la percepción de un “salario” menor.
- Otra consecuencia será la necesidad de liquidez para el empresario. Si se procede a la suspensión, y no se acuerda la realización de pagos parciales, deberá financiar aquel el pago de estos salarios (y demás gastos como costes financieros de avales, seguros, alquileres, etc.) hasta que se produzca el pago.

=====

¹ Luego se corrigió esta redacción del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

² CSV : GEN-cb5a-86ef-225f-cab2-890f-58cd-6c89-0a33 DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN:
<https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm>

³ También se indica para el resto de contratos que recoge el art. 34 RDLEY 8/2020, pero dado el objeto de este artículo me he ceñido solo a este supuesto.