

LA MATERIALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS MOTIVADA POR EL COVID-19

Andrés Jiménez Díaz

Socio del Departamento de Derecho Público
Eversheds Sutherland Nicea

Colaborador del Proyecto CSP

Todo indica que la suspensión que pesa sobre los contratos del Sector Público desde el inicio de la crisis motivada por el Covid-19 está próxima a su fin, si no se ha ordenado ya el levantamiento de la suspensión en muchos casos. En este sentido hay que recordar que el Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, ha reactivado la contratación pública, poniendo fin a la suspensión de los procedimientos de adjudicación que se hubiesen iniciado antes del 14 de marzo y permitiendo la licitación de contratos nuevos. Desde luego, dentro de los límites que impone la situación sanitaria, parece lógico que, si se reactiva la nueva contratación, se reanude también la ejecución de los contratos ya vigentes al iniciarse la crisis.

Siendo así, procede realizar algunas reflexiones sobre el levantamiento de la suspensión y lo que debería seguir inmediatamente al mismo, esto es, la solicitud y el abono de las indemnizaciones destinadas a compensar dicha suspensión.

1. EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

El fin de la suspensión de los contratos y la indemnización subsiguiente plantea algunas cuestiones que es preciso abordar. En primer lugar, se plantea lo relativo a la declaración de finalización de la suspensión misma que, con arreglo a lo dispuesto 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* (en adelante RDL 8/2020), compete acordar al órgano de contratación una vez que la prestación pueda reanudarse por haber cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo.

En mi opinión, son varios los aspectos que habrían de tenerse en cuenta en relación con el levantamiento de la suspensión. El primero se refiere al momento mismo en que ha de hacerse la declaración que pone fin a la suspensión y a la discrecionalidad de la que dispone el órgano de contratación a ese respecto. El segundo aspecto alude al contenido y alcance de la declaración por la que se pone fin a la suspensión del contrato.

En relación con el momento en que debe declararse la finalización de la suspensión del contrato, el artículo 34 del RDL 8/2020 deja un amplio margen de libertad al órgano de contratación, cuya

apreciación sobre las circunstancias que concurren y aconsejan levantar la suspensión es decisiva, por encima de la vigencia o no del estado de alarma. En efecto, el estado de alarma tiene sólo un valor relativo, tanto en lo que afectaba al inicio de la suspensión como al fin de la misma, puesto que es el criterio del órgano de contratación el que contaba en la declaración de suspensión del contrato y el que contará en la finalización de la misma. Claro es que la apreciación de las circunstancias que concurren para decidir una y otra cosa, suspender y levantar la suspensión, no puede devenir en mero voluntarismo o arbitrariedad, de modo que la suspensión no podría mantenerse cuando hayan desaparecido las circunstancias que la determinaron. Y ello sin perjuicio de reconocer el amplísimo margen de libertad del que dispone el órgano de contratación ante un concepto jurídico especialmente indeterminado y la consiguiente dificultad que supone exigir eficazmente el fin de la suspensión cuando aquél no la ordene.

Por lo demás, conviene recordar que la suspensión no puede suponer la extinción ni la modificación del contrato. El artículo 34 del RDL 8/2020 declara ya explícitamente que la suspensión de los contratos no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos, de modo que se opone a cualquier posibilidad de confundir la extinción con la suspensión del contrato. Pero, aunque el RDL no se refiera a ello expresamente, es conveniente recordar también que modificación y suspensión son conceptos claramente distintos, que tienen su regulación propia y separada en la vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

Así, el acuerdo por el que se declara el fin de la suspensión y se ordena la reanudación de la ejecución del contrato no podría incluir condiciones modificativas del mismo. Desde luego, ésa podría ser una tentación para algunos órganos de contratación que pueden entender que tras la crisis no se exigirá el volumen de servicios o bienes contratados en su totalidad o, por el contrario, que será necesario aumentar ese volumen, lo que exigiría ajustar la prestación, disminuyéndola o incrementándola. Pues bien, cualquier intento de imponer nuevas condiciones contractuales so pretexto de levantamiento de la suspensión, podría suponer una infracción de lo dispuesto en los artículos 203 y siguientes de la LCSP (especialmente de lo establecido en su artículo 205 que prevé la modificación por causas sobrevenidas), a los que ha de estarse tanto en lo que afecta a las causas que hacen posible la modificación, como al procedimiento para llevarla a cabo.

2. LOS GASTOS INDEMNIZABLES

Una vez ordenado el levantamiento de la suspensión, procede el pago de la indemnización correspondiente, con arreglo a lo previsto en el artículo 34 del RDL 8/2020. En síntesis, el procedimiento consiste en solicitar la indemnización que cada proveedor o contratista entienda procedente, dentro de los parámetros que contempla el artículo mencionado. En este punto debe recordarse que el artículo 34 limita los costes indemnizables en relación con los que prevé el artículo 208 LCSP para el supuesto de suspensión *ordinaria*. El cotejo de los costes indemnizables previstos en los apartados 1 y 3 del artículo 34 del RDL 8/2020 con la relación de costes igualmente indemnizables que contiene el artículo 208 LCSP, arroja dos significativas diferencias en contra del RDL 8/2020. En éste quedan excluidas dos importantes gastos indemnizables que sí figuran en la LCSP: los derivados de la extinción o suspensión de los

contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión, así como el 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión.

El contratista debe, en cualquier caso, solicitar la indemnización y acreditar la existencia de los gastos cuya indemnización reclama, adjuntando con su solicitud la documentación que pruebe la efectividad de dichos gastos. Y, puesto que el artículo 34 del RDL 8/2020 nada dice sobre el plazo del que dispone el contratista para reclamar la indemnización, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 208.2.c) LCSP, lo que obliga a hacerlo en el plazo de un año a contar desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato, al término de cuyo plazo prescribe el derecho a reclamar la indemnización, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 208.2.c) LCSP.

De la relación de gastos indemnizables que se contiene en el artículo 34 del RDL 8/2020, hemos de referirnos a los costes de personal y del equipamiento adscrito al contrato como aquellos que pueden generar mayores dudas.

Los gastos de personal

La exigencia de acreditar los costes del personal adscrito al contrato podría ser un semillero de disputas, si no fuera porque la solicitud de suspensión formulada en su día debería actuar como referencia, toda vez que en la misma hubo de relacionarse el personal destinado a la ejecución del contrato. En efecto, el artículo 34 del RDL 8/2020 exigía al contratista reflejar en su solicitud de suspensión el personal adscrito al contrato en el momento de solicitarse dicha suspensión.

La determinación del importe de los gastos de personal será aún más sencilla y menos problemática si el órgano de contratación ha levantado, en el momento de declarar la suspensión, el acta a la que se refiere el artículo 208.1 LCSP. Desde luego, el artículo 34 del RDL 8/2020 no la exige, pero nada impide tampoco que se hubiese formalizado el acta. De hecho, la Abogacía del Estado consideraba obligatorio el levantamiento del acta en su Informe de 1 de abril de 2020 sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, a pesar de haber manifestado en ese mismo informe el carácter especial del artículo 34 frente a la LCSP y, por tanto, la aplicación preferente del citado artículo frente a la *“legislación ordinaria de contratos públicos”*. En cualquier caso, de haberse levantado el acta, deberá estarse al contenido de esta, puesto que ambas partes habrían quedado vinculadas a sus propias declaraciones.

Es preciso hacer notar además que el artículo 34 del RDL 8/2020 no exige la prueba adicional de que ese personal no haya sido empleado en otras tareas, a diferencia de lo que se requiere en el caso del coste de los equipamientos también adscritos al contrato, como hemos de ver.

Tampoco en el caso de los contratos parcialmente suspendidos deberían producirse discrepancias. En este supuesto, el órgano de contratación habría de abonar el importe de los costes de personal correspondientes a la proporción del contrato no suspendido como parte de la retribución del contratista, tal como se viniese haciendo antes de la suspensión. En lo que afecta a la proporción del contrato suspendido, los costes de personal a abonar serán los correspondientes a esa parte del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.1 del RDL 8/2020.

En el supuesto de que no haya un acta a la que remitirse para la determinación de los gastos de personal, el documento de referencia sería el previsto en el artículo 34 del RDL 8/2020, es decir, la declaración del contratista solicitando la suspensión. A pesar del valor que atribuimos a esa declaración, la cuestión se complica algo más si consideramos que la misma puede ser objeto de posterior comprobación, lo que supone también abrir la posibilidad de contradicción entre los costes cuya indemnización solicita el contratista y los que el órgano de contratación considera aceptables. En tal caso, la remisión a lo establecido en los pliegos por los que se rigió la licitación y en la oferta del contratista sería un modo de dirimir el conflicto, si en esos documentos se determina el personal que ha de adscribirse al contrato.

Una situación parecida se dará en los supuestos en que la suspensión del contrato se haya realizado de oficio, lo que la Abogacía del Estado ha considerado posible cuando concurren circunstancias que imposibiliten su ejecución, a pesar de que el RDL 8/2020 no lo contemple expresamente (Informes de 1 de abril y de 2 de abril de 2020). Pues bien, si en tales casos se carece del acta y de la referencia que supone la declaración formulada sobre el personal adscrito, cualquier discrepancia sobre ello deberá resolverse también por remisión a los pliegos y a la oferta, si es que contienen información al respecto.

Debemos cerrar este apartado señalando que el artículo 34 que venimos analizando contiene dos importantes peculiaridades que afectan a los gastos de personal indemnizables en el caso de los contratos de obra. Tratándose de ese tipo de contratos, debe tenerse en cuenta la limitación adicional prevista en el apartado 3 del artículo 34 del RDL 8/2020, en el que se precisa que los gastos de personal indemnizables serán los que se ajusten a lo establecido en los convenios colectivos firmados en el sector. Igualmente debe mencionarse una segunda e importante matización contenida en el mismo apartado, relativa también a los gastos de personal de los contratistas de obras, que afirma que los gastos indemnizables serán los correspondientes al personal que estuviera adscrito a la ejecución del contrato antes del 14 de marzo y continuase adscrito al contrato cuando se reanude dicha ejecución.

Teniendo en cuenta la obligación de mantener en nómina al personal adscrito a los contratos de obras durante la suspensión del contrato, no parece posible incluir a los trabajadores vinculados a dicho contrato en un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) o al menos no sería compatible con la percepción de la indemnización. En lo que se refiere a los contratos de suministro y servicios, los contratistas que hubiesen intentado (con éxito) la aprobación de un ERTE que afectase a los trabajadores adscritos al contrato, la indemnización por costes salariales tampoco procedería en tanto se mantuviera vigente el ERTE, puesto que la suspensión del contrato de trabajo exonera al empleador de la obligación de abonar los salarios (artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores), de modo que no existe el coste salarial. La matización que se hace sobre *intentar con éxito* al ERTE tiene pleno sentido si consideramos que tanto el Ministerio de Trabajo como la autoridad laboral de algunas Comunidades Autónomas, parecen considerar que, en el caso de las empresas contratistas del Sector Público, no procede la aplicación de ese expediente, precisamente porque tienen asegurada la indemnización por los gastos de personal en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del RDL 8/2020.

Las cotizaciones a la Seguridad Social

Mención aparte merece el coste de las cotizaciones a la Seguridad Social, cuestión sobre la que el legislador estatal se ha mostrado vacilante. Inicialmente, el artículo 34 del RDL 8/2020 no incluía este elemento como parte de la indemnización. No obstante, algunas Administraciones públicas efectuaron una interpretación finalista del RDL 8/2020, de modo que entendieron incluidas esas cotizaciones dentro del concepto de costes salariales a los que se refería el artículo 34 del RDL 8/2020.

A estos efectos cabe citar la Resolución del Rectorado de la Universidad Autónoma de Barcelona, de 24 de marzo de 2020, por la que se declara la suspensión de los contratos administrativos, la cual reconoce el derecho a la indemnización de los costes derivados de las cotizaciones a la Seguridad Social. Asimismo, la Dirección de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco, a través de la Circular 2/2020, de 26 de marzo, también consideró que los gastos salariales incluían las cotizaciones a la Seguridad Social, aunque el artículo 34 del RDL 8/2020 no las incluyese expresamente.

Finalmente, el legislador estatal se vio obligado a modificar su posición, de modo que el apartado diez de la disposición final primera del Real Decreto Ley 11/2020 añadió un nuevo apartado 8 al artículo 34 del RD Ley 8/2020, en el que se declaraba que las cotizaciones a la Seguridad Social formaban parte de los costes de personal indemnizables.

En el supuesto de que el ERTE hubiese sido aprobado, debe tenerse en cuenta también el coste de las cotizaciones a la Seguridad Social. El artículo 24 del RDL 8/2020 estableció que en los expedientes motivados por la crisis del Covid-19, el empresario estaba exento de abonar las cotizaciones a la Seguridad Social si se trataba de empresas de menos de 50 trabajadores. Si la empresa superaba ese número de trabajadores, debía abonar un porcentaje de las cotizaciones que finalmente se ha cifrado en el 25 por 100 de las mismas. Pues bien, en la medida en que el coste de Seguridad Social ha sido reconocido como coste laboral, el contratista tendría derecho a la indemnización por las cotizaciones realizadas en relación con aquellos trabajadores adscritos al contrato y afectados, en su caso, por el ERTE.

Los gastos de alquiler o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos

En cuanto se refiere a los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos, los mismos son indemnizables siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido durante el periodo de suspensión. Más aún, en el caso del contrato de obras, el artículo 34 del RDL 8/2020 exige además que el contratista acredite que el importe de mantener esos equipos en la empresa era inferior al coste que hubiese tenido la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

Si en el caso de los gastos de personal hemos encontrado elementos que pueden impedir o minorar los conflictos en la cuantificación de esos gastos, en relación con el coste de los equipos debemos afirmar que el legislador ha optado por exigir una prueba de difícil o imposible aportación, por tratarse de una prueba negativa. No se trata sólo de probar el coste de los

equipos adscritos y la propia adscripción, sino también la imposibilidad de aplicarlos a otros usos. La justificación de esta última circunstancia se hará en la práctica totalidad de los casos aportando informes elaborados por la propia estructura administrativa o técnica interna de la empresa, ante lo cual el órgano de contratación puede entender que la justificación es insuficiente por falta de objetividad e independencia de quien informa o aceptar la justificación, en la inteligencia de que no es posible, o al menos fácil, la prueba alternativa.

El cumplimiento de obligaciones adicionales para el reconocimiento del derecho a la indemnización

Una última e importante cuestión sobre los gastos indemnizables viene dada por lo dispuesto en los tres últimos párrafos del apartado 3 del artículo 34 del RDL 8/2020. En los mismos se afirma literalmente que *“el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo”* sólo tendrá lugar cuando se acredite que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado el primero para la ejecución del contrato estuvieran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020. Como requisito adicional se exige que el contratista acredite fehacientemente que se halla al corriente en el pago frente a sus subcontratistas y suministradores, también a fecha 14 de marzo de 2020.

La ubicación de esa exigencia dentro del artículo 34 del RDL 8/2020, inmediatamente después de haber relacionado los gastos indemnizables en el caso del contrato de obras, podría inducir a pensar que los requisitos aludidos sólo son aplicables a los titulares del contrato de obras. Sin embargo, el párrafo antepenúltimo del apartado 3 del artículo 34, que hemos transcrito parcialmente, es muy claro cuando afirma que la acreditación de tales requisitos es condición imprescindible para obtener el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y el resarcimiento que *“se contempla en este artículo”*. Ello supone que el requisito de acreditar que los subcontratistas y proveedores se hallaban al corriente en el pago de sus obligaciones laborales y sociales (nada se dice de las fiscales), así como el de probar que el contratista se hallaba al corriente de pagos también frente a subcontratistas y proveedores, resulta aplicable a cualesquiera tipos de contrato cuya suspensión haya podido dar lugar a indemnización con arreglo a lo previsto en el artículo 34 del RDL 8/2020.

Por lo que se refiere a la acreditación del primer requisito (hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales), la redacción del artículo deja claro que se trata de subcontratistas y proveedores vinculados al contrato que hubiesen sido contratados a su vez para la ejecución del mismo. La forma de acreditar este extremo podría consistir en la declaración de cada uno de los sujetos que intervienen en la ejecución, manifestando que se hallaban al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales con fecha 14 de marzo y probando esa circunstancia. Esas obligaciones suponían esencialmente abonar los salarios y pagar las cotizaciones sociales. Lo primero se puede acreditar mediante certificación de los servicios internos de la empresa y lo segundo también puede hacerse así, merced a la aportación de los correspondientes documentos de cotizaciones realizadas a la Seguridad Social.

El cumplimiento del segundo requisito (hallarse al corriente en el pago a los subcontratistas y suministradores) plantea mayores dudas. En el apresuramiento que revela la redacción del RDL

8/2020, el legislador ha omitido aspectos esenciales para hacer factible la acreditación de esa exigencia, aunque es cierto que después ha tenido ocasión de suplir esas deficiencias sin hacerlo. En primer lugar, debe entenderse que los subcontratistas y suministradores con los que el contratista debe estar al corriente de pagos son también los vinculados al contrato suspendido. No sería razonable exigir al contratista que acredite una especie de cumplimiento universal con cualesquiera subcontratistas, suministradores y proveedores y respecto de cualesquiera contratos, públicos o privados. En todo caso, limitado en esos términos el ámbito de la prueba, la misma debería comenzar por identificar, en su caso, a los subcontratistas y suministradores vinculados al contrato o declarar que no existen, aunque en el caso de los suministradores o proveedores es más difícil aceptar una declaración de inexistencia de los mismos. En el supuesto de que existan subcontratistas y/o suministradores, podría considerarse suficiente una declaración del contratista afirmando que se hallaba al corriente en el pago con aquéllos o exigirse la correspondiente declaración emitida por los propios subcontratistas y/o suministradores. Eso queda a criterio del órgano de contratación, puesto que el RDL nada dice sobre ello; en tanto que el artículo 217 LCSP que regula la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores se limita a señalar que, a solicitud del ente público contratante, el contratista aportará *justificante* de cumplimiento de los pagos sin añadir más detalles.

3. LA POSIBILIDAD DE DEMORA EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES

Con todo, lo que puede resultar más conflictivo y gravoso para los intereses del contratista es la posibilidad de que el pago de la indemnización se demore, unida al hecho de que el RDL 8/2020 carezca de remedios procesales efectivos para exigir el pago.

La posibilidad de una excesiva duración del plazo en que hubiera de realizarse el pago de la indemnización no parecía estar entre las preocupaciones del legislador estatal, de modo que el RDL 8/2020 se limitó a afirmar la obligación del órgano de contratación de abonar la indemnización correspondiente al término de la suspensión, sin mayores precisiones. Fueron algunas Comunidades Autónomas las que tomaron la iniciativa de permitir los abonos a cuenta de la indemnización final dentro del período de suspensión en diversas normas de desarrollo del artículo 34 del RDL 8/2020. (Andalucía, Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo; Cataluña, Decreto Ley 7/2020, de 17 de marzo; País Vasco, Circular 2/2020, de 26 de marzo).

Sin duda, ello ha impulsado al legislador estatal a admitir también esa posibilidad, añadiendo un último párrafo al apartado 1 del artículo 34 del RDL 8/2020, en el que se prevé la posibilidad de realizar pagos a cuenta o anticipos de la indemnización que finalmente corresponda en los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva (nada se dice de los de obras), siempre que el órgano de contratación así lo decida. La reforma del artículo 34.1 la ha llevado a cabo el Real Decreto Ley 17/2020 de un modo que crea alguna confusión sobre el momento en que puede pedirse la indemnización, al afirmar que el importe anticipado se descontará de la liquidación final del contrato, lo que no debería impedir que la indemnización no abonada mediante anticipos se exija al término de la suspensión.

Las previsiones sobre pagos a cuenta mitigaban, en parte, las negativas consecuencias que para los contratistas tenía verse obligados a esperar al final de la suspensión para recibir la indemnización. Sin embargo, lo que tenemos ahora por delante es el pago final de la indemnización, que habrá de hacerse contando con las dificultades financieras en las que presumiblemente se pueden ver inmersas las Administraciones públicas en los próximos meses, lo que hace probables los retrasos en el pago y puede convertirse en el principal problema en relación con dicha indemnización.

A este respecto, es destacable que en la regulación del RDL 8/2020 acerca de la solicitud de indemnización existe una absoluta carencia de normas procedimentales sobre el modo y los plazos en los que ha de tramitarse la misma. El legislador se ha limitado a relacionar los costes indemnizables sin articular un procedimiento que permita hacer efectivas las indemnizaciones.

La ausencia de un procedimiento específico enfrenta al contratista a una difícil situación en caso de silencio del órgano de contratación. En efecto, en caso de que el órgano de contratación no responda a la solicitud de indemnización, el contratista no sólo se vería perjudicado por la demora, sino que se encontraría ante el dilema de seguir esperando indefinidamente el pronunciamiento del órgano de contratación, una vez transcurrido el plazo de silencio, o recurrir el acto de desestimación presunta que entonces se habría producido.

En relación con el silencio, en el presente caso debe tenerse en cuenta que el RDL 8/2020 no ha establecido ninguna disposición específica sobre el plazo para resolver, ni sobre los efectos del silencio ante el requerimiento de indemnización, a diferencia del tratamiento dado a la solicitud de suspensión, en relación a la cual se ha regulado el plazo de silencio y los efectos del mismo. Pues bien, ante la ausencia de norma específica, el plazo de silencio sería el de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, ante la falta también de una previsión específica sobre el sentido del silencio, sería de aplicación lo establecido en la disposición final cuarta de la LCSP, con arreglo a la cual en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo.

La única perspectiva que la disposición final cuarta de la LCSP abre al contratista, si el órgano de contratación no atiende a su solicitud en el plazo indicado (tres meses), es la de iniciar la cadena de recursos administrativos y contencioso-administrativos procedentes contra la desestimación, excluyendo el recurso especial en materia de contratación, puesto que la desestimación de reclamación de cantidad por suspensión del contrato no forma parte de las actuaciones que, actualmente, son impugnables mediante ese recurso, atendido lo dispuesto en el artículo 44.2 LCSP y sin perjuicio de lo que después se dirá sobre este extremo. Todo ello sitúa al contratista ante un escenario temporal de varios años para obtener, en su caso, una resolución judicial favorable.

Ello explica que el Consejo General del Poder Judicial, en sus *Medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma*, haya sugerido una modificación puntual de la LCSP mediante la incorporación de una nueva disposición

adicional a dicha Ley. Se trataría de ampliar el objeto del recurso especial en materia de contratación que podría interponerse también contra las resoluciones administrativas relacionadas con la ejecución de los contratos derivadas de la crisis, incluyendo las que se refieran a la suspensión de los mismos y a la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el importe del contrato o de la solicitud o reclamación. (Véase la Medida nº 5.13 de dicho documento que citamos por su segunda versión de fecha 6 de mayo de 2020).

Ciertamente, la primera preocupación del Consejo General del Poder Judicial es la de intentar evitar el colapso en los juzgados y tribunales, para lo cual remite a los tribunales especiales en materia de contratación el conocimiento sobre todos aquellos aspectos de la ejecución del contrato vinculados con la crisis, incluso el relativo a la indemnización. Desde esa preocupación se entiende que en la propuesta formulada se invierta la regla actualmente prevista en el artículo 44.7 LCSP, de modo que el recurso pasaría a ser preceptivo cuando se reclame contra la denegación de la indemnización. Sin embargo, el Consejo también parece ser consciente de que la resolución de la solicitud formulada por el contratista no puede demorarse indefinidamente. A tal efecto, la propuesta afirma taxativamente que la resolución adoptada por los tribunales especiales sería *ejecutiva y ejecutoria*. Eso no impediría que la Administración pudiera recurrirla ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y solicitar y obtener la suspensión de la resolución del tribunal especial. Sin embargo, en caso de adquirir rango de Ley, esa previsión altera la relación habitual Administración-administrado, de modo que la ejecutividad operaría entonces a favor de este último y es la Administración la que se vería obligada a pedir y obtener la suspensión en caso de recurso.

Una segunda alternativa a considerar para impedir la demora excesiva en la resolución de la solicitud de indemnización, consistiría en la aplicación del artículo 199 LCSP. Como es sabido, ese artículo establece un procedimiento sumario para hacer efectivas las deudas que la Administración mantiene con sus contratistas, de modo que, transcurrido el plazo legal de pago, los contratistas pueden reclamar el mismo a la Administración deudora. Y transcurrido un mes sin que la Administración responda, se entiende reconocido al vencimiento de la deuda que se reclama y el contratista puede recurrir en vía contencioso-administrativa. A ello se suma el mandato dirigido a los órganos judiciales de que éstos ordenen el pago como medida cautelar, al que la Administración sólo puede oponerse acreditando que no procede el abono de la cuantía señalada, en cuyo caso la medida se limita a la cuantía procedente.

La aplicación de este procedimiento a la solicitud de indemnización por suspensión del contrato es posible, si consideramos que la rúbrica del artículo 199 LCSP es la de *Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas*, lo que no distingue entre unas deudas y otras. Tomemos en cuenta al mismo tiempo que la indemnización por suspensión del contrato es una deuda más, generada durante la ejecución del mismo, aun cuando dicha deuda esté motivada por una situación excepcional. Así, no habría ningún fundamento válido para sostener que la deuda originada por el retraso en el abono de una factura ordinaria deba ser resuelta por el procedimiento previsto en el artículo 199 LCSP, en tanto que el impago de la indemnización por suspensión haya de dilucidarse a través de procedimientos mucho más complejos y gravosos para el contratista.

Desde luego, la aplicación del artículo 199 LCSP al caso de la indemnización por suspensión requerirá cierta flexibilidad en la interpretación del mismo, por ejemplo en lo relativo al plazo de

pago del que dispone el órgano de contratación. Ese aspecto podría resolverse aplicando lo dispuesto en el artículo 198 de la misma Ley sobre el plazo de pago. En su defecto, también puede tomarse como referencia el plazo de pago previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, aplicable cuando no se hubiera fijado otro plazo (artículos 3.1 y 4.1 de la Ley). El mencionado artículo 4.1 determina un plazo de treinta días naturales, que en este caso no podría contarse a partir de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios, sino desde el momento en que se registró la solicitud de indemnización.

La identificación de un plazo de pago aplicable es inexcusable para calcular la fecha a partir de la cual puede iniciarse cualquiera de las acciones procesales que se apuntan, sobre todo si se trata de la prevista en el artículo 199 LCSP, puesto que transcurrido dicho plazo, podría formularse la reclamación que ese artículo prevé y, en caso de silencio, poner en marcha el mecanismo procesal previsto en dicho artículo, incluidas las medidas cautelares. De la misma forma, ese plazo permitiría contar con una referencia válida para computar los intereses de demora en caso de que la indemnización no se abonase en plazo. El problema es que el legislador ha obviado esa parte de la cuestión y ha dejado un vacío que sólo podrán llenar de manera definitiva los tribunales, lo que nos sitúa hasta entonces en la incertidumbre.

4. LA INDEMNIZACIÓN POR SUSPENSIÓN NO DEVENGA IVA

La última cuestión que debe tratarse sobre la indemnización se refiere al devengo o no del IVA como consecuencia del pago de dicha indemnización. Esa cuestión ha sido abordada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 29 de febrero de 1996, Asunto C-215/94 (Sentencia Mohr) y de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-384/95 (Sentencia Landboden). La sentencia Mohr sostiene que si la cantidad abonada por un pagador no lleva aparejada la adquisición de bienes o la prestación de servicios, no ha lugar a la aplicación del IVA. Aunque la sentencia Landboden, matiza la anterior, permanece la idea básica de que el devengo del Impuesto exige la entrega de bienes o la prestación de servicios.

Siguiendo ese planteamiento, la Consulta Vinculante V1929-16, de 4 de mayo de 2016, de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo ha concluido que *“la cantidad a percibir por las empresas constructoras como consecuencia de la suspensión temporal de las obras, cuando la causa de la suspensión, directa o indirectamente, no les sea imputable, no constituye contraprestación por ninguna operación sujeta”*.

Asimismo, la Resolución de 8 de abril de 2020, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre fiscalización previa de los pagos realizados al amparo del artículo 11 del Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, ha adoptado la misma tesis y señala que *“las cantidades percibidas por el contratista en concepto de indemnización por daños y perjuicios efectivamente sufridos durante el periodo de suspensión, no se incluirán en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido dado que, por su naturaleza y función, no constituyen contraprestación o compensación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al mismo, de conformidad con lo dispuesto en el número 1.º del apartado tres del artículo 78 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.”*

Así pues, no puede caber duda de que las cantidades abonadas en concepto de indemnización por suspensión del contrato no devengan IVA, por las razones expresadas. Por lo mismo, como también afirma la Resolución mencionada, lo que el contratista debe remitir al órgano de contratación no es una factura *“sino otro tipo de documento en el que se detallen con su importe, los conceptos de los concretos daños y perjuicios cuyo pago en concepto de indemnización se exige”*, lo que en el RDL 8/2020 y aquí mismo se ha llamado la solicitud de la indemnización.

www.contratosdelsectorpublico.es