

En Logroño, a 14 de septiembre de 2021, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro Prusén de Blas y D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**36/21**

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Educación, Cultura, Deporte y Juventud del Gobierno de La Rioja en relación con la *Revisión de oficio de la adjudicación a la Asociación A. del contrato menor de servicio de ‘Aulas externas’*.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

En relación con el mismo asunto que constituye el objeto del presente dictamen, la precitada Consejería actuante tramitó un procedimiento de responsabilidad patrimonial derivado de la contratación administrativa, con la entidad A, del servicio de “Aulas externas”.

En el curso de aquel procedimiento de responsabilidad patrimonial, la expresada Consejería recabó el dictamen de este Consejo, que lo emitió con el núm. D.12/21, de 2 de marzo, a cuyo listado inicial de siglas empleadas nos remitimos para evitar inútiles repeticiones.

Por ello, los antecedentes fácticos de la cuestión que ahora nos ocupa son, en buena medida, coincidentes con los que ya motivaron la emisión de nuestro D.12/21, cuyo relato de hechos transcribimos a continuación:

**“Primero (...)**

#### **1. El programa educativo “Aulas externas”.**

La consulta formulada se suscita en relación con la contratación administrativa del servicio de “Aulas externas”, por lo que, para la adecuada comprensión de las cuestiones objeto de dictamen, hemos de

comenzar exponiendo en qué consiste ese programa educativo. Pues bien, conforme al art. 71.2 LOE):

*“2. Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, TDAH, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado”.*

El art. 22 LOE declara los principios generales de la ESO y prevé que las Administraciones educativas, para dar respuesta a la diversidad de necesidades educativas del alumnado, puedan, entre otras medidas, crear programas de tratamiento personalizado para los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Entre esos alumnos, están (de acuerdo con el art. 73 LOE) los que presenten graves trastornos de conducta.

En ejecución de esas disposiciones legales, la CAR, competente para la ejecución en materia educativa (*ex art. 10 EAR '99*), presta el servicio de “Aulas externas”, dirigido a alumnos de ESO con necesidades educativas específicas derivadas de trastornos de conducta, que, en unos casos, afectan a su adaptación escolar y, en otros, les generan dificultades académicas y de aprendizaje.

El proyecto educativo al que se incorporan esos alumnos tiene en cuenta los objetivos generales establecidos para la ESO, pero introduce en su programa formativo ciertas adaptaciones, individualizadas para cada alumno, que son propuestas por los Centros en que están matriculados. Todo ello con el fin de asegurar que esos alumnos, además de desarrollar las competencias establecidas en el currículo de la ESO, adquieran una formación profesional inicial que facilite su inserción social y laboral.

Como es preciso prestar una atención personalizada a cada alumno, las “Aulas” no pueden contar con más de doce alumnos; a lo sumo quince, en casos de aumento de demanda de plazas.

En Logroño, hay dos “Aulas externas”; y, en Calahorra, una sola, que no ha tenido, a lo largo de los años, más de seis alumnos.

## **2. La prestación del servicio de “Aulas externas” mediante convenios administrativos hasta el año 2019.**

El art. 72.5 LOE prevé que, *“para facilitar la escolarización, y una mejor incorporación de este alumnado al centro educativo”*, las Administraciones educativas puedan *“colaborar con otras Administraciones o entidades públicas o privadas, instituciones o asociaciones”*.

Por ello, en los últimos años, la Consejería actuante había venido prestando ese servicio mediante convenios suscritos con entidades sin ánimo de lucro.

En el expediente remitido, no consta la fecha desde la que ello haya sido así, pero este Consejo Consultivo ha tenido acceso a las Instrucciones de 6 de julio de 2014, de la DGE, por las que se establecen medidas de intervención educativa para el alumnado destinatario del servicio de “Aulas externas”. De la parte expositiva de esas Instrucciones, se infiere que la existencia de esos convenios se remonta, al menos, a 2007, año en que la CAR suscribió un convenio con la Fundación *Pioneros*, y

que en 2009 se firmó otro convenio con la Asociación A.. Según esas Instrucciones, los convenios continuarían vigentes durante el curso 2014-2015.

Por su parte, el Informe del IGCAR, de 28 de enero de 2020, al que más adelante se aludirá, señala que las Asociaciones Y. y A. habían prestado el servicio de “Aulas externas”, también por virtud de los correspondientes convenios, desde el año 2016 y hasta el curso académico 2018-2019.

### **3. La prestación del servicio de “Aulas externas” mediante contratos administrativos.**

A) En el mes de mayo de 2019, la Consejería actuante inició los trámites encaminados a la adjudicación de un contrato administrativo para la prestación de este mismo servicio.

En la Resolución de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, de 28 de julio de 2020, la SGT de la Consejería actuante expone que la razón por la que esos servicios debían pasar, de prestarse a través de convenios, a hacerlo en virtud de contratos administrativos obedecía a la existencia de *“diversos informes, tanto de la Intervención como de los Servicios Jurídicos de esta Comunidad Autónoma”*, según los cuales: *“...la prestación del servicio de ‘Aulas externas’ no podía instrumentarse a través de una subvención de concesión directa, puesto que el objeto del convenio en el que se plasmaba la colaboración con la entidad beneficiaria debía serlo de un contrato y la subvención estimarse como retribución del mismo (art. 6-2 LCSP’17 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público))”*.

Esos informes no se han incorporado al expediente remitido a este Consejo Consultivo, pero el criterio expresado en ellos sería coherente con el art. 47.1 LSP’15, a cuyo tenor *“los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos”*.

En este mismo sentido, aunque tampoco constan las fechas en que fueron evacuados tales informes, parece claro cuál fue el contexto temporal y normativo en el que se emitieron; pues, por un lado, el 2 de octubre de 2016 entró en vigor la LSP’15 (DF 18ª), cuya DA 8ª estableció un plazo de tres años, que concluyó el 2 de octubre de 2019, para adaptar los convenios existentes a lo previsto por la nueva legislación; y, por otra parte, el 9 de marzo de 2018 principió la vigencia de la LCSP’17 (DF 16ª). En definitiva, con esos Informes, la Intervención y los Servicios Jurídicos de la CAR habían puesto de manifiesto a la Consejería consultante la necesidad de adaptar el régimen de prestación de esos servicios de “Aulas externas” a las nuevas LSP’15 y LCSP’17.

### **B) El expediente de contratación iniciado en mayo de 2019.**

Como se ha señalado en el punto anterior, en mayo de 2019, la Consejería actuante inició los trámites encaminados a adjudicar, por procedimiento abierto, un contrato administrativo de servicio para la ejecución del programa “Aulas externas”, y dictó, el 9 de agosto de 2019, la Resolución de inicio del expediente de contratación (Exp. 25/19).

En lo que hace al caso, en el Exp. 25/19 se preveía la existencia de tres lotes distintos (las Aulas de Calahorra; las de Logroño Norte-Centro-Este; y las de Logroño Sur-Oeste), que serían objeto de adjudicación autónoma, por lo que podrían ser adjudicados al mismo o a distintos licitadores.

Al expediente de contratación, se incorporó una Memoria justificativa y, en él, se aprobó el correspondiente PPT. Pues bien, mientras la Memoria preveía un precio de 5.240 euros/mes por Aula, el PPT estimó 3.930 euros/mes Aula (para las de Logroño Centro-Norte-Este y Calahorra) y 3.294 euros/mes (para las de Logroño Sur-Oeste).

Una vez aprobado el expediente de contratación e iniciado el procedimiento de adjudicación, no se presentaron ofertas para ninguno de los tres lotes, por lo que, el 19 de febrero de 2020, la DGE dictó una Resolución por la que declaró desierta la licitación, y ordenó el inicio de un nuevo expediente de contratación.

### **C) Los contratos menores de septiembre de 2019.**

Como se ha señalado, la Resolución de inicio del Exp. 25/19 no se dictó hasta el mes de agosto de 2019, lo que hacía preciso garantizar, de algún modo, la prestación del servicio de “Aulas externas” durante el curso académico 2019/2020, cuya iniciación, prevista para septiembre de 2019, era ya inminente.

A tal efecto, el 30 de septiembre de 2019, la Consejería actuante adjudicó tres contratos menores (uno por cada una de las “Aulas externas” cuya gestión ya se estaba prestando mediante convenios, y cuya ejecución por contrato estaba también contemplada en el Exp. 25/19), correspondiente a las Aulas de *Logroño Norte-Centro-Este*; *Logroño Sur-Oeste*; y *Calahorra*.

Esas adjudicaciones dieron lugar a que la Consejería actuante, el 30 de septiembre de 2019, encargara a A. la prestación de los siguientes servicios “*desde el 01 de octubre, hasta el 20 de diciembre de 2019*”:

-El Aula de *Logroño Sur-Oeste*, “*por un importe de 5.505, 00 euros mensuales, durante los meses de octubre y noviembre; y un importe de 3.670, 00 euros, durante el mes de diciembre; con un total de 14.680 euros (IVA excluido)*”.

-El Aula de *Calahorra*, “*por un importe de 5.621, 25 euros mensuales durante los meses de octubre y noviembre; y un importe de 3.747,50 euros, durante el mes de diciembre; con un total de 14.990 euros (IVA excluido)*”.

Un encargo semejante se realizó a la Asociación Y. para la prestación del servicio de ‘Aula externa’ de *Logroño Norte-Centro-Este*, durante ese mismo periodo de octubre-diciembre de 2019, por importe de 14.990 euros (IVA excluido).

Como puede verse, en todos los casos, la duración temporal de los contratos (tres meses) vino determinada por el precio total que se debía abonar por el servicio, pues los servicios de tres meses, IVA excluido, no superaban el umbral cuantitativo de 15.000 euros, establecido para los contratos menores de servicios por el art. 118 LCSP’17.

Así lo advierte la IGCAR en el informe de 28 de enero de 2020 al que más adelante se hará referencia, en el que se indica que todos los contratos “*se encuentran en el límite del contrato menor*”.

### **D) Los contratos menores de diciembre de 2019.**

Concluida la vigencia de los contratos menores de septiembre de 2019, y llegado el mes de diciembre de 2019, a la Consejería actuante se le continuaba planteando la misma situación: seguía siendo necesario prestar el servicio educativo de “Aulas externas”, pero no se había adjudicado el contrato tramitado, por procedimiento abierto, en el seno del Exp. 25/19.

Por ello, el 26 de diciembre de 2019, la Consejería actuante adjudicó nuevamente a A. dos contratos menores, encargándole la prestación de dos servicios de “Aula externa” por el “*periodo del 08 de enero de 2020 hasta el 08 de abril de 2020*”:

-El Aula *Logroño Sur-Oeste*. a razón de “*230 euros/día lectivo, con un máximo de 14.950 euros (IVA excluido)*”.

-El Aula de *Calahorra*, a razón de “*241, 50 euros por día lectivo, con un total de 14.973euros (IVA excluido)*”.

De nuevo, un encargo de servicio igual se dirigió a la Asociación Y., por el mismo periodo, en relación con el Aula *Logroño Norte-Centro-Este*.

**E) Facturas giradas por A. por los servicios prestados entre octubre y abril de 2020 y conformidad con el servicio realizado.**

Por causa de los servicios prestados entre los meses de octubre de 2019 y abril de 2020, A. giró a la CAR facturas por el siguiente detalle:

Mes y Aula	Importe (en euros)
Octubre 2019 – Logroño Sur-Este	5.505
Octubre 2019 – Calahorra	5.621,25
Noviembre 2019 – Logroño Sur-Este	5.505
Noviembre 2019 – Calahorra	5.621,25
Diciembre 2019 – Logroño Sur-Este	3.670
Diciembre 2019 – Calahorra	3.747 50
<b>Subtotal octubre-diciembre 2019</b>	<b>29.67</b>
Enero 2020 – Logroño Sur-Este	4.140
Enero 2020 – Calahorra	4.347
Febrero 2020 – Logroño Sur-Este	4.140
Febrero 2020 – Calahorra	4.588
Marzo 2020 – Logroño Sur-Este	5.060
Marzo 2020 – Calahorra	4.588
Abril 2020 – Logroño Sur-Este	1.380
Abril 2020 – Calahorra	1.449
<b>Subtotal enero-abril 2020</b>	<b>29.692</b>
<b>Total servicios <i>Logroño Sur-Este</i></b>	<b>29.400</b>
<b>Total servicios <i>Calahorra</i></b>	<b>29.962</b>
<b>TOTAL DICIEMBRE 2019-</b>	<b>59.362</b>

A fin de que pudiera procederse al abono de esas facturas, la SDGIE emitió, por cada uno de esos meses, los correspondientes informes “*del encargo del servicio*” y, en todos ellos, constató que A. había prestado efectivamente los servicios contratados. Además, el SPD de la Consejería actuante, en el informe de 30 de julio de 2020 al que luego se aludirá, indica que, en todos los meses, A. prestó sus servicios a plena satisfacción de la Administración contratante; extremo que, según resulta del expediente remitido a este Consejo Consultivo, está fuera de discusión.

## **F) La prestación de los servicios desde abril de 2020.**

La Resolución de 28 de julio de 2020 de la SGT de la Consejería actuante que da inicio al procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, señala que, una vez concluidos los segundos contratos, a principios de abril de 2020, el servicio pasó a prestarse, *“desde esa fecha, con medios propios de esta Administración educativa”*.

Ese dato debe necesariamente ponerse en relación con la circunstancia de que, para principios de abril, el RD 463/2020, ya había declarado el estado de alarma para la gestión la situación de crisis sanitaria ocasionada por el *Covid-19*, lo que había supuesto -en toda España y en todos los niveles de enseñanza- la suspensión de la actividad educativa presencial, manteniéndose solamente *“las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y ‘on line’ siempre que resulte posible.”* (art. 9 RD 463/2020).

En los informes relativos a los servicios prestados por A. en febrero y marzo de 2020, emitidos por el SDGIE el 23 de abril y el 11 de mayo de 2020, se expone que, habida cuenta la declaración del estado de alarma, la entidad A. presentó *“un plan de continuidad con la atención a distancia al alumnado de ESO con graves problemas de conducta del programa de ‘Aulas externas’, por lo que se procede a la continuidad con dicho programa educativo adaptado a las circunstancias actuales”*.

Con todo, la suspensión de la actividad educativa presencial debió necesariamente suponer una alteración completa del modo de atención a los alumnos que, hasta entonces, habían acudido a las “Aulas externas”, porque, como se ha señalado, a partir del mes de abril de 2020, el servicio pasó a prestarlo directamente la Administración educativa por sí misma.

### **Segundo. Las discrepancias planteadas por la IGCAR**

1. A finales de diciembre de 2019, la DGE remitió a la ID en la Consejería actuante las facturas emitidas por las dos entidades prestadoras del servicio de “Aulas externas” (A. e Y.) correspondientes a los tres lotes (las tres Aulas) y a los meses de octubre de diciembre de 2019.

Una vez recibidas esas facturas, la ID emitió, el 27 de diciembre de 2019, un informe de fiscalización previa de requisitos básicos, en el que formuló el siguiente reparo, al amparo del art. 145 LHR y del Decreto 38/2010, de 25 de junio:

*“Las facturas aportadas, corresponden a contratos de servicios con el mismo objeto, superando el importe señalado anteriormente para los contratos menores de servicios. De este modo y de acuerdo con el art. 99.2 LCSP’17, ‘no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan’. Por todo ello, no es correcta la tramitación de los expedientes adjuntados como si fueran contratos menores”*.

Según se infiere de ese informe, la ID estima que la Consejería actuante habría fraccionado en tres contratos distintos los tres servicios de “Aulas externas” (las de *Calahorra, Logroño Norte-Centro-Oeste* y *Logroño Sur-Este*), cuando, a criterio de la Intervención, esos servicios responderían, en realidad, a un único objeto contractual y, por tanto, su prestación debería haberse adjudicado por medio de un único contrato.

2. Recibido el reparo, la SDGIE manifestó su discrepancia con él mediante informe de 22 de enero de 2020, en el que, en síntesis, expuso que no se había producido un fraccionamiento indebido, que no había un único objeto contractual, y que la Consejería actuante no había podido licitar previamente un contrato administrativo para la adjudicación del servicio de “Aulas externas”. En particular, dicho

informe justifica la inexistencia de fraccionamiento y afirma que las prestaciones contratadas son distintas:

*“Las prestaciones del servicio detallado en el procedimiento de contratación electrónica con número de expediente 08-7-2.01-0025/2019 incluye el desarrollo del citado programa a través de tres ‘Aulas externas’, dos de ellas ubicadas en el municipio de Logroño, en distintas zonas, y una más en el municipio de Calahorra, para atender a alumnos procedentes de los centros sostenidos con fondos públicos de Lardero, Logroño, Calahorra y pueblos colindantes de esta última localidad que impartan ESO. Por lo que, el servicio que se propone se prestará en tres lotes: i) Lote 1. Municipio de Logroño (Logroño Norte-Centro-Este); ii) Lote 2. Municipio de Logroño (Logroño Sur-Oeste); y iii) Lote 3. Calahorra.*

*Por una parte, como el procedimiento de contratación electrónica Exp. 25/2019 incluye la distinción en tres lotes y, en dicho expediente, se indica que cada licitador podrá presentarse indistintamente a los lotes indicados, siempre y cuando cumplan con las disposiciones establecidas en el PCA y en el PPT, no existiendo limitaciones en los lotes a adjudicar, se entiende que se pueden realizar tres encargos diferentes”.*

Sobre las razones por las que se adjudicó la prestación del servicio mediante contratos menores, la SDGIE explica que:

*“Desde la Consejería... se iniciaron los trámites de preparación y adjudicación de un nuevo contrato de servicio de ‘Aulas externas’, con núm. Exp.25/2019, una vez conocida la imposibilidad de firmar convenios y, concretamente, el 9 de agosto de 2019 se firmó la Resolución de inicio del expediente y con fecha 28 de agosto de 2019 se dictó Resolución del Consejero por la que se aprobó el gasto y se remitieron los documentos contables a la ID en la Consejería ... hasta tanto se adjudicase el nuevo contrato y se pudiera comenzar la ejecución, hubo que recurrir a contratos menores con la mayor celeridad para evitar la suspensión del servicio. En coherencia con la línea planteada en el contrato abierto núm. 08-7-2.01-0025/2019 que estaba en licitación se planteó mantener con contratos menores desde el 01 de octubre de 2019 hasta el 20 de diciembre de 2019, con facturación mensual, la estructura de tres lotes hasta tanto en cuanto entrase en vigor el nuevo contrato.*

*La adjudicación del nuevo contrato está teniendo más vicisitudes de las previstas y previsibles. A modo de ejemplo, los primeros documentos firmados (doc. de futuros ‘A’ n° 5772) y remitidos a la ID han debido anularse y sustituirse por otros (doc. de futuros ‘A’ n° 7629) que fueron, a su vez, objeto de reparo, y que continúan sus trámites de licitación.*

*Mientras tanto, debido a la necesidad de la atención educativa al alumnado de ESO con graves problemas de conducta, siendo un recurso imprescindible para este tipo de alumnado y al tratarse de un servicio público, se tuvo que buscar una solución a este problema sobrevenido que se había planteado inesperadamente”.*

En definitiva, concluye el informe, *“al no aceptar el órgano gestor el reparo formulado, planteamos la discrepancia motivada por escrito ante la IGCAR”*, conforme al art. 146 LHR.

**3.** La IGCAR mantuvo el reparo mediante informe de 28 de enero de 2020, el que se razona que:

*“La memoria justificativa del contrato, de fecha 27 de diciembre de 2020, que recoge la contratación de tres ‘Aulas’ en tres lotes, dos en Logroño (Lote 1 Norte-Centro-Oeste y Lote 2 Sur-Oeste) y otra en Calahorra (Lote 3), establece, sin embargo, un coste por ‘Aula’ para el*

*periodo 1 de enero a 31 de agosto, un coste por Aula de 31.440,09 euros para Logroño y 26.352,08 euros para Calahorra, que representa un coste aula/mes de 3.930 euros y 3.294 euros, respectivamente, para un periodo de tres meses, 11.790 euros y 9.882 euros.*

*Para los pagos que son objeto de control, en la Memoria justificativa de la empresa seleccionada, de fecha 5 de diciembre de 2019, se señala que se propuso la adjudicación, para tres meses: del lote 1, a Y., en un precio de 14.990 euros; del lote 2, a A., por un precio de 14.680 euros; y, del lote 3, a A., por un importe de 14.990 euros; todos ellos, en el límite del contrato menor ... no se justifican los importes de cada uno de los contratos, más allá de que todos ellos se encuentran en el límite del contrato menor.*

*El gestor señala que se solicitaron presupuestos a tres entidades, las dos adjudicatarias y la Fundación 'Pioneros', que no presentó oferta, sin aportar las solicitudes de participación, pliegos que regularían la prestación, ni las ofertas. Las dos entidades que prestan el servicio durante el último trimestre del año son las que venían realizando estas actividades mediante convenio desde 2016.*

*Finalmente, la discrepancia del gestor se apoya en la Instrucción 1/2019 de la OIRESCO, que esta IGCAR considera no aplicable en la Administración regional, en línea con la opinión de los Servicios Jurídicos que entiende que no vincula a la APCAR, al considerar que "la Instrucción no es una disposición de carácter general que pueda ser aplicable más allá del ámbito de la AGE".*

*Por todo ello, esta IGCAR mantiene el reparo formulado por la ID por cuanto se considera que se ha producido un fraccionamiento del gasto, no procediendo el contrato menor".*

4. Por su parte, la SDGIE reiteró la posición que había manifestado el 22 de enero de 2020, en un segundo informe, de 4 de febrero de 2020, en el que expuso que:

*"...no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación... el programa de 'Aulas externas' es una prestación directa a favor de la ciudadanía, y tenemos la obligación de prestarla, además el servicio realizado por ambas entidades ha sido de buena fe y se ha llevado a efecto de conformidad con las condiciones establecidas por este centro gestor, siendo el resultado satisfactorio para la Administración ...el importe por el cual se ha adjudicado el contrato menor no se considera abusivo, como ya se ha explicado anteriormente, debido a que es similar al importe de licitación del procedimiento de contratación electrónica con número de Exp. 25/2019".*

5. La SGT de la Consejería actuante recabó el informe de la DGSJ, que lo emitió el 27 de febrero de 2020, en sentido acorde con el criterio de la IGCAR, aunque razonan que:

*"La Administración debe reconocer la obligación de pago de estos servicios, pero las diferencias existentes en cuanto al coste del servicio, resultantes de las propias estimaciones del órgano gestor, impiden reconocer la obligación de pago en el ámbito de la resolución de discrepancias, por lo que el reconocimiento de la obligación de pago debe realizarse en el ámbito de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que naturalmente podrá alegarse el enriquecimiento injusto."*

Finalmente, en cumplimiento del art. 146 LHR y de la Instrucción 1/2014, de 28 de marzo, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, la SDGIE propuso el levantamiento del reparo y

remitió el expediente a la SGT de la Consejería actuante con el fin de que, a su vez, se elevara al Consejo de Gobierno para su resolución definitiva.

6. Por las razones que se expondrán en el siguiente Antecedente de Hecho, ese procedimiento no fue finalmente elevado al Consejo de Gobierno y, además, conocido el criterio de la IGCAR, la SGT no tramitó el pago de las facturas correspondientes a los servicios prestados por A. entre enero y abril de 2020.

### **Tercero. El procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio.**

1. Como se acaba de anticipar, a la vista del informe de la DGSJ de 27 de febrero de 2020, la SGT de la Consejería actuante, en lugar de remitir el expediente de discrepancias al Consejo de Gobierno para su resolución, dispuso, mediante Resolución de 28 de julio de 2020, iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, con el fin de hacer efectiva la indemnización que, en su caso, hubiera de satisfacerse a la entidad A. por la prestación del servicio de “Aulas externas”, aduciendo que dicho servicio, no sólo se desarrolló en el periodo comprendido entre octubre y diciembre de 2019, sino también, desde enero de 2020, mediante un segundo contrato menor que “*expiró en abril de 2020, prestándose el servicio, desde esa fecha, con medios propios de la Administración educativa*”.

2. La Resolución, tras relatar las incidencias acontecidas en la contratación del servicio, y en el procedimiento de discrepancia suscitado por el reparo de la IGCAR, expone que:

*“... esta SGT no elevó a decisión del Consejo de Gobierno la discrepancia y la DGE se ha abstenido de tramitar las facturas de los meses correspondientes al periodo de enero a abril de 2020, conocida la posición de la DGSJ que, aunque no se había pronunciado de un modo concluyente respecto a si existía o no un fraccionamiento del objeto contractual, sí que había explicitado su posición favorable a la IGCAR.*

*Carecía, por ello, de sentido reiterar el procedimiento de discrepancia, puesto que la irregularidad señalada en fase de fiscalización previa limitada respecto al contrato concluido para el periodo de octubre a diciembre de 2019, era igualmente predicable del referido al periodo comprendido entre los meses de enero a abril de 2020.*

*Por otra parte, y de cara a conseguir el objetivo de llegar al reconocimiento de la obligación de pago, lo que se estima una exigencia de justicia material, tampoco parece procedente instar la anulación de ambos contratos, lo que exigiría un procedimiento en el que, aunque pudiera fijarse la indemnización en la resolución de anulación de acuerdo con lo previsto en el art.106-4 LPRAC'15 (Ley 39/2015, de 1 de octubre), exigiría una intervención del máximo órgano consultivo de la Comunidad que, dado el pequeño importe de las cuantías reclamadas, no parece justificada”.*

En definitiva, la Resolución de 28 de julio de 2020 inicia “...**un procedimiento de responsabilidad patrimonial** para determinar el daño, económicamente evaluable, que haya podido causarse a la entidad A., a consecuencia de haber tramitado esta Administración irregularmente unos contratos de servicio que, objeto de reparo por la IGCAR... impidieron el reconocimiento de la obligación de abono de la contraprestación pactada, pudiendo todo ello dar lugar a un enriquecimiento sin causa.

3. La Resolución, que designa también Instructor del expediente, fue notificada a la entidad A. el 30 de julio de 2020, aunque que no consta haya formulado alegación alguna.

4. El mismo 30 de julio de 2020, el SPD de la Consejería actuante emitió un informe en el que, entre otros extremos, señaló que, tanto en el periodo octubre- diciembre de 2019 como en el periodo enero-abril de 2020, los servicios se han *“realizado conforme las condiciones y las características del servicio a ejecutar y a plena satisfacción de esta Administración”*.

Como se ha señalado anteriormente, uno de los motivos del reparo formulado por la Intervención fue la diferencia observadas entre el coste de prestación de los servicios adjudicados por medio de los contratos menores, por un lado, y, por otro, el coste previsto en el Exp. 25/19. La IGCAR advirtió que el precio de los contratos menores era superior al que había sido estimado en dicho Exp. 25/19. Pues bien, sobre la cuestión, el informe de 30 de julio de 2020 señala que:

*“La diferencia en el coste reflejado en los encargos de servicio de fechas 30 de septiembre y 26 de diciembre, y el coste previsto en el contrato abierto con Exp. 25/2019 es debida a que los primeros sí contienen una previsión de la totalidad de los costes salariales que corren a cargo de la empresa prestadora del servicio, mientras que el segundo, tal y como se apunta en párrafos anteriores, no. Por ello, el precio de mercado del servicio es el precio fijado en los encargos de servicio”*.

5. Obran incorporados al expediente remitido a este Consejo, como integrantes del procedimiento de responsabilidad patrimonial: i) los encargos de servicio dirigidos por la DGE a la entidad A. para los meses de octubre a diciembre de 2019 y para los meses de enero a abril de 2020; ii) los informes justificativos del abono de las facturas correspondientes a los meses de enero a abril de 2020; y iii) los datos obrantes en el registro de facturas electrónicas de la CAR relativos a las emitidas por A. entre octubre de 2019 y abril de 2020.

6. El 14 de agosto de 2020, el Instructor del expediente da traslado de todo lo actuado a la entidad A., concediéndole trámite de audiencia, en cuyo seno no formula alegación alguna.

7. Con fecha 17 de agosto de 2020, el SPD complementa su informe de 30 de julio de 2020 en relación con los criterios para calcular el coste de prestación de los servicios y abunda en las razones por las que ese coste se incrementó en los contratos menores respecto a las iniciales previsiones del expediente de contratación por procedimiento abierto; así expone, en síntesis, que el adjudicatario del contrato:

*“...incurrir en unos gastos superiores a los previstos en el contrato con Exp. 25/2019 consistentes en la obligación de cotizar a la Seguridad Social por las retribuciones mensuales del personal a su servicio, lo que puede suponer un incremento de hasta el 25% del coste. Este extremo, no contemplado en el contrato abierto, sí se tuvo en cuenta a la hora de fijar el precio de los encargos para la prestación del servicio de “Aulas externas”*”.

8. El 14 de septiembre de 2020, el Instructor del expediente formula la Propuesta de resolución en la que considera acreditados los requisitos a los que nuestro ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la APCAR y concluye que la CAR debe indemnizar a A. en 59.363 euros, que es el *“importe de la totalidad de las facturas presentadas, correspondientes a los dos periodos contratados”*.

9. Posteriormente, la SGT de la Consejería actuante recaba el informe de la DGSJ, que lo evacúa el 13 de octubre de 2020, en sentido favorable a la Propuesta de resolución y a que prosiga la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, afirmando que:

*“... se plantea la duda de qué sentido tiene declarar la nulidad de un contrato que no ha surtido efectos en lo que tiene que ver con el pago del precio. El contrato, en su situación actual, no ha producido ningún efecto que pueda o deba retrotraerse. No se ha pagado ninguna mensualidad, y no se va a pagar. No hay ninguna duda de que el servicio está prestado y es imposible devolverlo en especie. No hay tampoco duda de que se ha prestado de conformidad. La revisión de oficio procura desactivar los efectos que puede producir un acto administrativo que se reputa nulo. Cuando esa actuación administrativa sólo ha producido efectos perjudiciales para el particular, no vemos razón para descartar el procedimiento de responsabilidad patrimonial.*

Pero el mismo informe advierte que “no tendría sentido descartar la revisión de oficio” o “la necesidad de una declaración previa de nulidad”.

En cuanto al importe de la indemnización, el informe jurídico considera correcta la cantidad fijada en la Propuesta de resolución pues:

*“La propuesta de resolución fija la cuantía de la indemnización en el **importe exacto de los pagos pendientes** por los contratos menores que se han frustrado en su tramitación administrativa, o que han dejado de tramitarse. Esto es la cantidad ya expresada de 59.363 euros. Es una cantidad que no plantea ningún problema para su determinación, pues viene también preconstituída de la azarosa vida de los contratos de servicio previos. No hay tampoco duda ninguna sobre su carácter evaluable, e individualizable”.*

## **Segundo**

Como hemos referido en el Antecedente anterior, la Consejería actuante, concluida la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial que había iniciado de oficio, solicitó del Consejo Consultivo de La Rioja la emisión de dictamen relativo a la procedencia de reconocer, o no, una responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica frente a la entidad A..

Este Consejo, previa calificación de su dictamen como preceptivo, dio respuesta a la consulta planteada mediante su D.12/21, de 2 de marzo, en el que formuló las siguientes conclusiones:

### **“Primera**

Los actos administrativos por los que se adjudicó a A. la prestación del servicio de “Aulas externas” entre octubre de 2019 y abril de 2020 son nulos de pleno Derecho.

### **Segunda**

La Consejería consultante debe archivar el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio para indemnizar a A., por no ser el jurídicamente adecuado para ello.

### **Tercera**

La Consejería consultante debe iniciar un procedimiento de revisión de oficio, en cuyo seno, además de declarar la nulidad de los actos de adjudicación de los contratos a la Asociación A., puede fijar la

indemnización que se debe abonar a la misma por los servicios prestados, en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de este Dictamen”.

### **Tercero**

Acogiendo las conclusiones del D.12/21, el Excmo. Sr. titular de la Consejería actuante dictó Resolución, de 4 de junio de 2021, por la que acordó el inicio de un procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos identificados en el FJ 5º de la Resolución, constituidos por “*las cuatro adjudicaciones a A. entre septiembre de 2019 y abril de 2020 de cuatro contratos de servicio*” para la prestación del servicio de “Aulas Externas”.

Asimismo, la Resolución dispuso incorporar al procedimiento revisor los documentos que habían formado parte del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado en relación con esta misma cuestión.

Finalmente, la Resolución de 4 de junio de 2021 confirió un plazo de audiencia por diez días a la entidad A. para que formulase las alegaciones que a su derecho convinieran.

La Resolución de inicio, con la correspondiente apertura del trámite de audiencia, fue notificada el 7 de junio de 2021 a A., que dejó transcurrir el plazo concedido sin realizar alegaciones.

### **Cuarto**

Transcurrido el plazo otorgado a A., la SGT de la Consejería actuante suscribió la Propuesta de resolución, de 29 de junio de 2021, favorable, por los motivos que expone, a “*declarar nulos todos y cada uno de los actos administrativos a los que se refiere el fundamento de derecho número cinco de la presente propuesta*” y a “*fijar la indemnización recogida en el FJ 6º*”, en la cuantía de 59.363 euros, importe coincidente con el de las facturas giradas por A. a la Consejería actuante por los servicios prestados.

### **Quinto**

La misma SGT recabó el 30 de junio de 2021 el informe de la DGSJ que lo emitió el 5 de julio de 2021, en sentido coincidente con la Propuesta de resolución y con nuestro dictamen D.12/21.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 14 de julio de 2021 y registrado de entrada en este Consejo el 15 de julio de 2021, el Excmo. Sr. titular de la Consejería actuante remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 16 de julio de 2021, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo**

1. El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”*.

Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero art. 12.2.f).

2. Estas consideraciones son íntegramente aplicables a “*la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos*” administrativos, que, de acuerdo con el art. 41.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP’17), “*se efectuará de conformidad con lo establecido en Capítulo I del Título V*” de la LPAC’15 (esto es, con los arts. 106 a 111 LPAC’15), lo que supone que la revisión de oficio de actos nulos ha de realizarse mediante el cauce formal establecido por el art. 106 LPAC’15.

3. En el presente caso, la Consejería actuante ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, de los actos administrativos por los que se contrató con la entidad A. la prestación del servicio de “Aulas Externas” durante el periodo reseñado en los Antecedentes de Hecho.

Por ello, es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva ex art. 106.1 LPAC’15, tal como hemos indicado en numerosos dictámenes (por sólo citar algunos, en los D.3/20, D.8/20, D.13/20, D.16/20 o en el ya mencionado D.12/21).

4. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPAC’15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

## **Segundo**

### **Planteamiento general de la cuestión**

Como se ha reiterado ya en los Antecedentes de Hecho, la presente consulta versa sobre una cuestión que ya fue analizada *in extenso* por el Consejo Consultivo de La Rioja en su D.12/21, al que nos vamos a remitir por razones de brevedad.

Como en él expusimos:

i) Los actos administrativos de adjudicación identificados en los FJ Tercero y Cuarto del D.12/21 fueron nulos de pleno derecho con arreglo a los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPAC’15, según se razona en dichos FJ.

**ii)** La nulidad de aquellos actos de adjudicación acarrea también la de los contratos administrativos entablados entre la Administración autonómica y A., conforme se argumenta en los referidos F.J Tercero a Quinto del D.12/21.

**iii)** Siendo nulos aquellos actos y contratos, lo procedente es que la Administración declare esa nulidad a través del ejercicio de su potestad revisora, de acuerdo, en este caso, con los arts. 38-b y 39.1 LCSP'17, en relación con los arts. 47.1.e) y 106 y ss LPAC'15.

**iv)** Las consecuencias de la declaración de nulidad de los contratos administrativos analizados son, como se señala en el FJ Quinto del D.12/21, las que resultan del art. 42.1 LCSP'17, a cuyo tenor, el contrato *“entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

**v)** En este caso, los servicios han sido efectivamente prestados por A. en favor de la Administración autonómica, y la restitución *in natura* de las prestaciones resulta imposible, razón por la que A. debe ser compensada económicamente por los servicios realizados, ya que, de lo contrario, la Administración contratante se vería favorecida con un enriquecimiento injusto.

**vi)** Resulta conforme a Derecho que, en la tramitación del procedimiento revisor se desarrollen las actuaciones necesarias para poder fijar la indemnización que haya de abonarse al contratista, en la misma resolución que declare la nulidad de los acuerdos de adjudicación (FJ Sexto.1 del D.12/21).

**vii)** Sobre la cuantía de la indemnización, el importe de las facturas giradas por el contratista a la Administración es, en este caso, un elemento de juicio válido para calcular el valor real de la prestación ejecutada, y, por tanto, para fijar el importe de la indemnización. En el presente caso, no existía, antes de comenzar a prestarse los servicios (septiembre de 2019), un contrato administrativo previo vigente que pudiera servir de referencia, pero la Consejería actuante estaba tramitando un procedimiento de contratación, en el Exp. 25/19, en el que esos mismos servicios se habían valorado económicamente de forma muy semejante a como se evaluaron para adjudicar los contratos menores cuya nulidad procede ahora declarar.

Por ello, el importe facturado por A. (59.363 euros), puede considerarse una correcta estimación del valor real de la prestación ejecutada y, por tanto, de la indemnización que A. debería percibir. (FJ Sexto.2), indemnización que no tiene la condición de *precio de un contrato*, sino una naturaleza resarcitoria, al ser el equivalente

económico de una prestación que, debiendo ser restituida precisamente por la nulidad de aquel contrato, no puede serlo *in natura* (FJ Sexto. 3).

### **Tercero**

La Consejería actuante, atendiendo a las conclusiones de nuestro D.12/21, ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio encaminado a la declaración de nulidad de los actos administrativos identificados, correctamente, en el FJ Quinto de la Resolución iniciadora de 4 de junio de 2021 y en el FJ Quinto de la Propuesta de resolución de 29 de junio de 2021.

De ese procedimiento revisor, no resultan elementos, de hecho o de Derecho, distintos o adicionales respecto de los ya analizados en el D.12/21, debiendo destacarse, incluso, que la entidad interesada (A.), a la que la Consejería ha ofrecido puntualmente un trámite de audiencia, no ha formulado ninguna alegación.

Por todo ello, en el presente dictamen este Consejo se ratifica plenamente en lo ya expuesto en el D.12/21 y, por tanto, se pronuncia en sentido favorable a las conclusiones de la Propuesta de resolución de la Consejería actuante de 4 de junio de 2021 y del Informe de la DGSJ de 5 de julio de 2021, que resultan coherentes con las que ya había anticipado este Consejo.

### **Cuarto**

Como consideración adicional a las que acaban de realizarse, y en línea con lo ya afirmado en el D.12/21, este Consejo Consultivo reitera que la Consejería actuante, si acaso no lo hubiera hecho ya, debe poner término al procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado en relación con esta cuestión, extremo al que no se alude ni en la Resolución iniciadora del procedimiento de revisión de oficio, de 4 de junio de 2021, ni en la Propuesta de resolución, de 29 de junio de 2021.

Al tratarse de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que fue iniciado de oficio por la propia Administración, la terminación y archivo de aquel expediente debería acordarse mediante una Resolución expresa de desistimiento (arts. 84.1.g) y 93 LPAC'15), dictada por el órgano competente para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, debidamente motivada (art. 35.1.g) LPAC'15) y que ha de notificarse al particular interesado (en este caso, la entidad A.).

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

Los actos administrativos por los que se adjudicó a A. la prestación del servicio de “Aulas externas” entre octubre de 2019 y abril de 2020 son nulos de pleno Derecho.

### **Segunda**

La Consejería consultante debe declarar la nulidad de los actos de adjudicación de los contratos a la Asociación A., y además, en el seno del procedimiento revisor iniciado puede fijar la indemnización que se debe abonar a la misma por los servicios prestados en el importe de 59.363 euros, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de este Dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero