

En Logroño, a 2 de marzo 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^a 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

12/21

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Educación, Cultura, Deporte y Juventud del Gobierno de La Rioja en relación con el *Procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado de oficio para la determinación del daño que hubiera podido causarse a la Asociación 'P.R.' a raíz de la conclusión de unos contratos menores para la prestación del servicio de 'Aulas externas' en la demarcación Sur-Oeste de la ciudad de Logroño y en Calahorra y que se valora en 59.363 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Preliminar

En este dictamen, emplearemos las siguientes siglas y abreviaturas:

- AGE= Administración General del Estado.
- APCAR = Administración pública de la CAR.
- A= A.P.R..
- art/s.= artículo/s.
- BOR= Boletín Oficial de La Rioja.
- CA= Comunidad Autónoma.
- CAR = Comunidad Autónoma de La Rioja.
- CCAA= Comunidades Autónomas.

- CE= Constitución española vigente.
- cfr.= Confróntese, véase.
- Consejería actuante/consultante = Consejera de Educación, Cultura, Deporte y Salud del Gobierno de La Rioja.
- Covid-19= *Coronaviridae disease 2019* (Coronavirus) o *SARS.CoV-2* según el Comité internacional de taxonomía de virus (ICTV).
- D.= Dictamen.
- DA= Disposición/es adicional/es.
- DD= Disposición derogatoria.
- DF= Disposición/es final/es.
- DG = Dirección/Director/a General.
- DGE= Dirección/Directora General de Educación de la Consejería actuante.
- DGSJ= Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja.
- EAR'99= Estatuto de Autonomía de La Rioja vigente.
- ESO= Educación Secundaria Obligatoria.
- Exp. 25/19= Expediente de contratación núm. 08-7.2.01.0025/19 de la Consejería actuante.
- FJ= Fundamento jurídico.
- Fol.= Folio/s.
- ID= Intervención Delegada de la IGCAR en la Consejería actuante.
- IGCAR= Intervención General de la CAR.
- IVA= Impuesto sobre el valor añadido.
- JCCA= Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
- LCCR'01= Ley (de la CAR) 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja.
- LCSP'07= Ley (estatal) 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público.
- LCSP'17 = Ley (estatal) 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.
- LFAR'05= Ley (de la CAR) 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR.

- LGI'3= Ley (de la CAR) 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros.
- LHR= Ley (de la CAR) 11/2013, de Hacienda de La Rioja.
- LO= Ley Orgánica.
- LOCE'80= LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.
- LOE= LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la redacción dada por la LO 8/2013, de 9 de diciembre, vigente en 2019.
- LPAC'15= Ley (estatal) 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común.
- LSP'15= Ley (estatal) 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público.
- OIRESCO= Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.
- PPT= Pliego de prescripciones técnicas.
- RCCR'02 = Reglamento del Consejo Consultivo de La Rioja, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.
- RD= Real Decreto.
- RD 463/2020= RD 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.
- RCas= Recurso de casación.
- SGT= Secretaría/ Secretario/a General Técnica de la Consejería actuante.
- SPD= Servicio de Personalización y Diversidad de la Consejería actuante.
- STC= Sentencia del Tribunal Constitucional.
- SSTC= Sentencias del Tribunal Constitucional.
- SDGIE= Subdirección/tor/ra General de Innovación Educativa de la Consejería actuante.
- Y.= A.C.J.

Primero

La expresada Consejería actuante del Gobierno de La Rioja ha tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial derivado de la contratación administrativa del servicio de "Aulas externas". Del expediente remitido resultan los siguientes extremos de interés:

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”¹. 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 P, 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

¹ Que están publicadas en la página web del Gobierno de La Rioja, en el enlace <https://www.larioja.org/larioja-client/cm/edu-aten-diversidad/images?idMmedia=707415>.

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”, dictándose, 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
Subtotal octubre-diciembre 2019	29.670
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
Subtotal enero-abril 2020	29.692
Total servicios Logroño Sur-Este	29.400
Total servicios Calahorra	29.962

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 Pliego de cláusulas administrativas 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 nº 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’ nº 5772) y remitidos a la Intervención Delegada han debido anularse y sustituirse por otros (doc. de futuros ‘A’ nº 7629) que fueron, a su vez, objeto de reparo, y que continuaban 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 cose 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 ‘P.’, 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 “*expiro 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:

“...incurre 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”.*

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 26 de octubre de 2020 y registrado de entrada en este Consejo el 29 de octubre de 2020, 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 29 de octubre de 2020, 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. A tenor de lo dispuesto en el art. 81.2 LPAC'15, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la LOCE'80, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una Propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el art. 91 LPAC'15, o, en su caso, la Propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

En el caso de la CAR, el art. 11-g LCC, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los dictámenes.

Por aplicación de dicha normativa, como acabamos de exponer, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

2. En este caso, no existe, en rigor, una indemnización *reclamada* por el particular, pues es la Administración autonómica la que, *de oficio*, ha iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Pero no hay razón para interpretar restrictivamente el art. 81.2 LPAC´15, y limitar la preceptividad del dictamen de los Altos Órganos Consultivos a aquellos supuestos en que los procedimientos de responsabilidad patrimonial se inician a instancia del interesado.

Primero –y con ello bastaría- porque la LPAC´15 no establece distinción alguna, y *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Y segundo, porque, como hemos reiterado en numerosos dictámenes (D.8/96 o D.36/13, entre otros), la intervención de los Altos Órganos Consultivos no constituye sólo un instrumento de garantía de los derechos de los administrados, sino también un mecanismo ordenado a tutelar la adecuada protección de los intereses generales, a los que la Administración sirve (art. 103. 1 CE).

Si, en materia de responsabilidad patrimonial, el legislador estatal y autonómico han seleccionado un criterio cuantitativo para determinar en qué supuestos deben intervenir los Altos Órganos Consultivos, un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado oficio puede producir las mismas consecuencias económicas para la Hacienda pública que uno iniciado a instancia de parte, por lo que la misma función de garantía y tutela ha de poder jugar, en ambos casos, el Órgano consultivo.

3. En cuanto al contenido del dictamen, el párrafo final del citado art. 81 LPAC´15 dispone que aquél deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.

Segundo

Planteamiento general de la cuestión

1. Según resulta de los Antecedentes fácticos expuestos, la Consejería consultante ha iniciado de oficio un expediente de responsabilidad patrimonial, por entender que esta es la vía procedimental apta para resarcir a A. de los daños causados por la indebida tramitación de diversos contratos en cuya virtud A. prestó sus servicios a la Administración autonómica.

2. Siendo ese el motivo por el que se incoa tal procedimiento, lo primero que quiere

aclarar este Consejo Consultivo, por obvio que sea recordarlo, es que A. no es un *tercero* enteramente extraño a la CAR, que, por un funcionamiento normal o anormal de los servicios de ésta, haya sufrido daños que no tenga el deber jurídico de soportar; sino que A. tiene la condición jurídica de *contratista*, pues celebró con la Administración autonómica varios contratos administrativos de servicios; y, siendo ello así, caben dos posibilidades:

-Que tales vínculos contractuales fueran *válidos* e irreprochables desde el punto de vista jurídico. En tal hipótesis, al haberse prestado el servicio por el contratista y al haberse desarrollado éste a plena satisfacción de la Administración contratante, simplemente habrían de abonarse al contratista los correspondientes precios de los contratos; esto es, la Administración debería realizar en favor de su contratista la prestación pactada que a ella incumbe satisfacer y que consiste en pagar el precio del contrato.

-Que esos vínculos contractuales estuvieran aquejados de algún tipo de vicio de *invalidéz*, por causa de la nulidad o anulabilidad del acto de adjudicación o de los actos preparatorios del contrato. En esa hipótesis, al haberse prestado el servicio por el contratista no obstante la invalidéz del contrato, ha de acudir a lo establecido para estos supuestos por la propia legislación contractual, cuestión que analizamos en los apartados siguientes porque -lo adelantamos ya- esta segunda hipótesis descrita es la que concurre en el presente caso.

3. Igualmente podemos anticipar que, en los supuestos a que acabamos de referirnos, la legislación contractual vigente (art. 42 LCSP'17) establece un específico mecanismo de reacción para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, lo que hace improcedente acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tercero

Naturaleza de los contratos adjudicados a A; legislación aplicable a los mismos; y existencia de *materia revisable*.

1. Naturaleza de los contratos adjudicados a A. y legislación aplicable a esos contratos.

La Consejería actuante adjudicó a A, en el mes de septiembre de 2019, dos contratos para la prestación del servicio educativo de “Aulas externas”, un Aula en *Calahorra* y otra en *Logroño, zona Sur-Oeste*. Ejecutados esos contratos, la Consejería adjudicó, en diciembre de 2019, otros dos contratos más, a la misma entidad y para la prestación de los mismos servicios.

Por razón de esas fechas, la legislación aplicable a esos contratos es la LCSP'17,

cuya entrada en vigor se había producido el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª LCSP'17).

La naturaleza administrativa de los contratos que nos ocupan es indudable, tanto por razón de quien lo adjudica, la Administración autonómica (art. 2.1 y 3.1-a LCSP'17), como por razón de su objeto o finalidad, que es la prestación de un servicio público de titularidad o competencia autonómica consistente en la atención a alumnos con necesidades educativas especiales, derivadas de trastornos graves de conducta (cfr. arts. 10 EAR'99 y 6.bis.3, 71 y 73 LOE).

Los contratos adjudicados son contratos administrativos *típicos y de servicios*, conforme a la definición que de estos hace el art. 17 LCSP'17. No tienen, por el contrario, la condición de contratos de concesión de servicios, pues, con ellos, el contratista no acomete la explotación del servicio, no recibe precio de los alumnos, ni asume ningún riesgo operacional (arts. 15 y 14.4 LCSP'17).

2. La existencia, en este caso, de *actos administrativos de adjudicación y, por tanto, de materia revisable*.

Como hemos señalado en otros dictámenes (por todos, D. 3/20, D.11/20, D.14/20), según una definición generalmente aceptada, acto administrativo es toda declaración de voluntad, conocimiento o juicio emitida por una Administración pública, en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

Por ello, las adjudicaciones a A., en septiembre y diciembre de 2019, de cuatro contratos de servicios constituyeron otros tantos actos administrativos adjudicatorios de contratos administrativos. Esto es, fueron declaraciones de voluntad por las que la Administración autonómica, seleccionando a un contratista concreto con exclusión de cualesquiera otros, encomendó al seleccionado la realización de prestaciones que son propias de contratos que sólo pueden calificarse como administrativos.

Este es el contenido esencial propio de los actos de adjudicación de los contratos administrativos, tal como los definen los arts. 150.3 y 151 LCSP'17.

Pues bien, de lo expuesto hasta aquí resulta que, en este caso, la Consejería actuante dictó cuatro acuerdos de adjudicación contractual, lo que supone, a nuestros efectos, que existe *materia revisable*, esto es, actos administrativos susceptibles de ser sometidos a la potestad revisora de la Administración, si incurren en alguno de los vicios que, conforme a los arts. 106 y ss LPAC'15, justifican el ejercicio de esa potestad.

En efecto, de entre los actos dictados por las Administraciones públicas en el seno de su actividad contractual, el art. 41.1 LCSP'15 identifica, como susceptibles de revisión de oficio, "*los actos preparatorios y... los actos de adjudicación de los contratos*".

Por tanto, procede analizar si esos actos administrativos incurren en algún vicio que afecte a su validez y que obligue a poner en juego la potestad revisora de la Administración; cuestión ésta que analizamos en el siguiente Fundamento Jurídico.

Cuarto

Nulidad de pleno Derecho de los actos de adjudicación de los contratos menores de septiembre de 2019 y diciembre de 2019.

1. A nuestro juicio, es evidente que los actos de adjudicación de los contratos analizados son nulos de pleno Derecho, por las razones que seguidamente se exponen.

2. Causas de nulidad de pleno Derecho de los contratos administrativos en la LCSP'17.

En relación con las causas de invalidez de los contratos administrativos, el art. 38.b) LCSP'17 establece que *“los contratos celebrados por los poderes adjudicadores..., serán inválidos: b) cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”*.

A su vez, el art. 39.1 LCSP'17, al tasar las *“causas de nulidad de Derecho administrativo”*, efectúa una remisión, genérica o en bloque, a *“las indicadas en el art. 47 LPAC'15”*; y ello es lógico ya que, si la invalidez de un contrato administrativo es la consecuencia necesaria de la invalidez de los *actos administrativos preparatorios o del procedimiento de adjudicación* (art. 38-b LCSP'17); y, si tales actos son actos administrativos; las concurrir en éstos de un vicio de nulidad de los tipificados genéricamente por el art. 47 LPAC'15, acarrearán también, inevitablemente, la del contrato mismo, tal como expresa el ya citado art. 39.1 LCSP'17.

3. La concurrencia de una causa de nulidad en este caso.

Por las razones que van a exponerse a continuación, a criterio de este Consejo Consultivo, la Consejería actuante fraccionó indebidamente los contratos adjudicados a A. para poder acogerse, cuantitativamente, al régimen de adjudicación de los contratos menores.

Con tal proceder, eludió los procedimientos de adjudicación que hubieran resultado exigibles por los arts. 131 y ss. LCSP'17 (procedimiento *abierto*, arts. 156 y ss; *restringido*, arts. 160 y ss; o *negociados*, 166 y ss; *de diálogo competitivo*, arts. 172 y ss), por lo que, en definitiva, dictó sus acuerdos de adjudicación prescindiendo, total y

absolutamente, del procedimiento legalmente establecido; lo que entraña la nulidad del acto de adjudicación, conforme al art. 47.1.e) LPAC'15.

4. El fraccionamiento indebido de los contratos menores.

A) Como es sabido, merecen la calificación de *menores* “los contratos de valor estimado inferior... a 15.000 euros, cuando se trate de contratos... de servicios” (art. 118.1 LCSP'17).

En el caso presente, como hemos señalado, es claro que los contratos adjudicados fueron contratos de servicios de los previstos por el art. 17 LCSP'17, esto es, aquellos “cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario” (art. 17 LCSP'17).

Tratándose de *contratos menores*, la Administración ve notablemente aligeradas las exigencias formales del expediente de contratación, aunque las tiene (según el contenido que a las mismas confiere el art. 118.1. *inciso segundo* LCSP'17, en su redacción vigente en 2019), y puede adjudicar “directamente” el contrato “a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria” (art. 131.3 LCSP'17).

B) Ahora bien, como hemos indicado en otros dictámenes (por todos. D.3/20, D.11/20 o D.14/20) no resulta admisible segmentar *formalmente* el objeto de un contrato de servicios (por ejemplo, por periodos de tiempo) para considerar cada servicio como objeto de un contrato distinto que, por cuantía, sea susceptible de ser tramitado y adjudicado como un contrato menor.

El art. 99.2 LCSP'17, al regular el “objeto del contrato” administrativo, establece que “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”. Esto supone que el órgano de contratación, al delimitar el objeto del contrato administrativo, está obligado a guardar una plena coherencia entre la *prestación* que materialmente quiere obtener a través de ese contrato y el *vínculo* contractual que *formalmente* entabla con el contratista. Y así, a una prestación que, en la realidad de las cosas, es *única* y que está dotada de auténtica *unidad funcional* (art. 101.6 LCSP'17), ha de corresponderle también un *único* vínculo contractual.

En esta línea, la JCCA (en su Informe núm. 45/2018, de 2 de julio, con cita de otros en el mismo sentido) ha señalado que uno de los aspectos a considerar para apreciar un posible fraccionamiento indebido es precisamente la “existencia de *unidad funcional* y de

*un vínculo operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un **fraccionamiento** artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar a los umbrales establecidos en la Ley”.*

La misma doctrina ha mantenido el Tribunal de Cuentas en su Informe núm. 1.189/2016, de 22 de diciembre (BOE núm. 107/2017, de 5 de mayo).

C) Por otro lado, el art. 118 LCSP'17 fija el umbral cuantitativo de los contratos menores, tomando en cuenta el valor estimado de los contratos. Pues bien, conforme al art. 101.4 LCSP'17, el cálculo de ese valor estimado “*no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan*”, sino atendiendo al objeto real del contrato y a la verdadera entidad económica de las prestaciones que constituyen ese objeto, el cual ha de cuantificarse con arreglo a los criterios del propio art. 101 LCSP'17.

5. El fraccionamiento indebido de los contratos en este caso.

A) Proyectando las anteriores consideraciones al caso presente, es claro, a juicio de este Consejo Consultivo, que la Consejería actuante fraccionó artificialmente los contratos adjudicados a A.

Vaya por delante que, a nuestro parecer, el fraccionamiento indebido no se produce porque la Consejería actuante, en septiembre de 2019, estableciera tres *lotes* distintos (uno por cada “Aula externa”) y los adjudicara separadamente, que es lo que considera la IGCAR; sino por el criterio con el que la Administración determinó la *duración temporal* de los contratos.

La propia Consejería actuante viene a reconocer que, ante la situación creada por la falta de adjudicación del contrato tramitado por procedimiento abierto, y dada inmediata iniciación del curso académico 2019/2020, “*se acudió a la figura de la contratación menor para encargar a la entidad A., la prestación del servicio*”, como afirma la Resolución iniciadora del expediente de responsabilidad patrimonial, de 28 de julio de 2020 y el informe del Instructor del procedimiento, de 29 de julio de 2020.

Por ello, la Consejería actuante dispuso que los primeros dos contratos (de 30 de septiembre de 2019) se prolongaran entre octubre y diciembre de 2019, no porque el servicio educativo hubiera de prestarse solamente durante esos tres meses, sino porque, de ese modo, habida cuenta el precio a satisfacer por esos tres meses, no se superaba la cifra de 15.000 euros que opera como límite cuantitativo del contrato menor.

Como reconoce la Consejería actuante, la voluntad que animó aquella primera contratación no era que el vínculo contractual se extendiese solo durante ese periodo, sino durante todo el tiempo que fuera necesario hasta que se produjera la adjudicación en el Exp. 25/19.

Son explícitos al respecto los informes emitidos por la SDGIE en relación con los servicios prestados, entre enero y abril de 2020, por virtud de los segundos contratos (“*encargos de servicios*”, según los denominan los informes). En esos informes, se hace constar: i) que, “*hasta que se resuelva el contrato y debido a la necesidad urgente de dar una respuesta educativa a este alumnado, se ha realizado un encargo de servicio para cada uno de los lotes*”; y ii) que ese segundo encargo “*tiene una duración desde el 08 de enero hasta el 08 de abril de 2020, salvo que se proceda, anteriormente a esta fecha, a la formalización del contrato de servicio “Aulas externas” (pues), en este caso, se dará por finalizado el encargo*”.

Como decimos, el propósito inicial de la Consejería actuante era prolongar esos contratos durante el tiempo que fuera preciso, hasta que tuviera lugar la adjudicación en el Exp. 25/19. Y esa voluntad inicial se exteriorizó luego por actos de significado concluyente, tanto de la Consejería actuante, como del adjudicatario, puesto que, al llegar el mes de diciembre de 2019 y al seguir manteniéndose la misma situación, se adjudicaron, a la misma entidad que ya prestaba el servicio, otros dos contratos menores, cuya duración, otra vez de tres meses, se delimitó con los mismos criterios antes señalados.

B) Pues bien, siendo ese el contenido material de lo acordado por las partes, es llano que el valor estimado de esos contratos excede ampliamente el límite de 15.000 euros establecido por el art. 118.1 LCSP’17. Si, como hemos dicho, ha de estarse a los servicios que guardan entre sí una *unidad funcional* (art. 101.6 LCSP’17), las cantidades facturadas por A. durante el periodo octubre 2019 a abril 2020 fueron de 29.962 euros (en el caso del “Aula externa” de *Calahorra*) y de 29.400 euros (en el caso del “Aula externa” de *Logroño Sur-Oeste*); es decir, superiores en ambos casos a los 15.000 euros legalmente señalados.

C) Por otra parte, ha de recordarse que, conforme al art. 29.8 LCSP’18, “*los contratos menores... no podrán... ser objeto de prórroga*”, por lo que, en este caso, los contratos adjudicados el 26 de diciembre de 2019 constituyeron, materialmente, una prórroga indebida de los que habían sido adjudicados el 30 de septiembre.

D) En definitiva, es evidente que la Consejería actuante no adjudicó a A. cuatro contratos, sino, realmente, dos (uno por cada “Aula externa”); y que no le encargó la realización de prestaciones que pudieran ser propias de un *contrato menor* de servicios

conforme al art. 118.1 LCSP'17. Por lo tanto, dicha Consejería no estaba habilitada para adjudicar a A. directamente el contrato.

E) En tales condiciones, es obvio que los actos de adjudicación analizados son nulos de pleno Derecho, al haberse “*dictado prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido*”, esto es, sin el respaldo de un procedimiento adecuado de adjudicación (abierto, restringido o negociado) y, además, sin la tramitación y aprobación del expediente de contratación que hubiera requerido la adjudicación del contrato por aquellos procedimientos (arts. 116 y 117 LCSP'17 y art. 118 LCSP'17, *a contrario sensu*).

F) Y ello es así con independencia de la buena fe con la que -a todas luces- ha procedido la Consejería consultante (la cual, ante la situación generada por la falta de adjudicación del Exp. 25/2019, pretendió garantizar el acceso de los alumnos al servicio de “Aulas externas”); pues la concurrencia del vicio de nulidad advertido se produce *ex lege* y objetivamente, de modo ajeno a los buenos propósitos que, sin duda, inspiraron la actuación administrativa analizada.

6. El periodo temporal del contrato debió haber sido el curso académico completo.

A) A la misma conclusión antes alcanzada se llega, con mayor motivo, si se atiende al hecho de que los contratos adjudicados a A. tienen por objeto servicios de carácter educativo.

En ese ámbito, la unidad esencial de tiempo es el *curso académico*, que ordena y estructura las enseñanzas en todos los niveles y grados (cfr. arts. 16.1 y 28.7 LOE) y que es un periodo temporal en el que los alumnos reciben enseñanzas y desarrollan actividades conformes a su edad y dotadas de coherencia material interna.

B) Por ello, si las “Aulas externas” son una actividad que se desarrolla en el ámbito educativo, y que está destinada a alumnos de ESO de unas determinadas edades, parece lógico que su programación y ejecución tenga el marco temporal de un *curso académico*; y que, por tanto, sea esa –y no otra- la duración de los contratos administrativos a través de los cuales la Administración encarga a un tercero la prestación de tales servicios a los alumnos.

C) Por tanto, la Administración autonómica debería haber acomodado la duración del contrato a la que sería propia de la *unidad funcional* de la prestación. Esto es: a un *curso académico* completo. Lo que, a su vez, hubiera supuesto que el *valor estimado* del contrato hubiera superado, aún más ampliamente, el límite del art. 118.1 LCSP'17 y que

tampoco hubiera podido adjudicarse sino mediante los procedimientos abierto, restringido o negociado, regulados por la LCSP'17.

7. Imposibilidad de dar a este contrato la tramitación propia de los contratos de emergencia.

A) En criterio de este Consejo Consultivo, es también evidente que, en el caso analizado, la Consejería consultante no estaba habilitada para dar al contrato la *“tramitación de emergencia”* regulada por el art. 120 LCSP'17.

El art. 120 LCSP'17 (*“Tramitación de emergencia”*) permite, a los poderes adjudicadores, en ciertos supuestos, prescindir de *“la obligación de tramitar un expediente de contratación”*, así como *“ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley”*.

La *tramitación de emergencia* no constituye, en rigor, un *tipo de procedimiento de adjudicación contractual*, sino un *régimen excepcional de contratación* que, bajo ciertas circunstancias, exonera a la Administración de su obligación general de aprobar un expediente de contratación, y que, además, frente a lo que es también una regla general, le permite adjudicar libremente un contrato, *“sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley”*.

Como es evidente, ese régimen especial sacrifica los principios generales que rigen la contratación pública (*“libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”*, cfr. art. 1.1. LCSP'17), por lo que, las disposiciones que lo regulan, que son auténticas *normas excepcionales*, deben interpretarse bajo un prisma decididamente restrictivo (art. 4.2 Cc).

B) Sirvan las anteriores consideraciones para aclarar que, en el caso analizado, la Administración autonómica no se hallaba en el supuesto fáctico que le hubiera habilitado a hacer uso de ese régimen excepcional, pues no se encontró sorpresivamente ante el deber de *“actuar de manera inmediata”* por causa de *“acontecimientos catastróficos”*, o de una *“necesidad sobrevenida”* (arts. 120.1 y 120.1-a LCSP'17), que no hubiera previsto o podido prever.

Que el curso académico 2019/2020 iba a comenzar en el mes de septiembre de 2019 era una circunstancia, sin duda, previsible. Por otro lado, la necesidad de tramitar un expediente de contratación y de adjudicar un contrato para la prestación de esos servicios había sido puesta de manifiesto a la Consejería actuante por informes de la DGSJ y la IGCAR, cuyas fechas no constan, pero que, en todo caso, debieron de emitirse

antes del mes de mayo de 2019, fecha en que, según refiere la propia Consejería actuante, comenzaron los trámites necesarios para la contratación del servicio, aunque, hasta el 9 de agosto de 2019, no se firmó la Resolución de inicio del Exp. 25/19.

C) Al respecto, y como hemos hecho en otros dictámenes (por todos D.3/20, D.11/20 y D.14/20) este Consejo no puede dejar de advertir la imperiosa necesidad de tramitar los procedimientos contractuales (expedientes de contratación y procedimientos de adjudicación) con **antelación suficiente** al momento en que deba estar vigente la nueva contratación, precaviendo las inevitables incidencias que pueden acontecer en el seno de un procedimiento contractual y retrasar la adjudicación del nuevo contrato (p.e, la obligación de publicar anuncios en boletines oficiales, la tardanza en la emisión de informes, la interposición de recursos, la necesidad de que los licitadores subsanen la documentación presentada, o de recabar informes complementarios para baremar a los licitadores, entre otras eventualidades).

8. Recapitulación conclusiva.

Como resumen de lo razonado hasta ahora, puede concluirse que el acto de adjudicación del contrato fue nulo de pleno Derecho, conforme al art. 47.1.e) LPAC'15, en relación con los arts. 38.b) y 39.1 LCSP'17, por haberse dictado prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido.

Quinto

Consecuencias de la nulidad de los actos de adjudicación: procedencia del ejercicio de la potestad revisora e improcedencia de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

1. La invalidez del acto de adjudicación contractual se comunica automáticamente al contrato mismo. Ciertamente, el *acto administrativo de adjudicación* y el *contrato administrativo* son actos jurídicos diferentes. Mientras que el acto administrativo adjudicatorio es *unilateral*, y a través de él se manifiesta la voluntad exclusiva de la Administración (órgano de contratación); el *contrato administrativo* es un *vínculo jurídico bilateral* que se perfecciona como consecuencia de un *acuerdo de voluntades* o, expuesto con más precisión, mediante la *formalización* de ese acuerdo de voluntades (arts. 36.1 LCSP'17), formalización que, generalmente, deberá ser escrita (arts. 37.2 y 153), con las solas excepciones y matizaciones a esta regla establecidas, por los arts. 37.1, 37.2, 118 y 153.2 LCSP'17, para los contratos *menores y de emergencia*.

Ahora bien, el hecho de que el *acto de adjudicación* y el *contrato administrativo* sean realidades jurídicas distintas no impide que los vicios que aquejen al *acto de*

adjudicación se comuniquen al *contrato* mismo, ya que la declaración de voluntad contractual de la Administración sólo será válida en tanto en cuanto lo sean los actos de preparación y adjudicación del contrato, que sirven de presupuesto a aquella declaración de voluntad.

Este principio inspira el art. 38.b) LCSP'17, y también el art. 42.1 LCSP'17, a cuyo tenor “*la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del contrato mismo*”.

La *ratio* de estos preceptos resulta evidente: el expediente de contratación y el subsiguiente procedimiento de adjudicación constituyen una sucesión de trámites encaminados, precisamente, a permitir la formación regular de la voluntad contractual de la Administración, y a que ésta, por su contenido, sea conforme con los principios que gobiernan la contratación pública (selección de la oferta más ventajosa, publicidad, libre concurrencia, no discriminación de licitadores, entre otros). De este modo, si esos actos preparatorios y de adjudicación son inválidos, también lo ha de ser el contrato mismo.

2. Esto dicho, si, en el caso que nos ocupa, el acto de adjudicación del contrato es nulo de pleno Derecho, la consecuencia es la propia nulidad del vínculo contractual que la Administración autonómica y A. pretendieron establecer pues, con arreglo al art. 42.1 LCSP'17, “*la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato*”.

3. A partir de ahí, la nulidad del contrato entraña que, como señala el art. 42.1 LCSP'17, dicho 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*”.

Como puede verse, la regla jurídica que late en el art. 42.1 LCSP'17 es la misma que anima, en el ámbito de la contratación civil, a los arts. 1.303 y 1.307 Cc.

En efecto, la declaración de ser nulo un contrato sinalagmático -como lo es cualquier contrato administrativo de servicios- obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución *in natura* fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible.

En ese segundo supuesto, la entrega del valor económico de la prestación percibida opera como un mecanismo para evitar que una de las partes se vea beneficiada, a costa de la otra, por un enriquecimiento injusto, debiendo señalarse que la *prohibición del*

enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho, (también del Derecho Administrativo), cuya operatividad ha sido proclamada por la jurisprudencia en las más diversas instituciones (especialmente en los contratos y la responsabilidad patrimonial). Así, por todas, puede citarse la STS 1ª de 15-12-1981, cuya doctrina es asumida también en las SSTS, 4ª, de 13-03-2014 y 17-07-2007; y en las SSTS, 3ª, 22-05- 2000, 13-02-2002 y 04-02-2009.

Pero, obsérvese bien que, en casos como el que nos atañe, la obligación de que la Administración autonómica indemnice (en este caso, a A.) no deriva de un principio general del Derecho (la *interdicción del enriquecimiento injusto*), sino de una fuente normativa prevalente *ex art. 1.1. Cc*, como es un precepto del ordenamiento jurídico positivo, el precitado art. 42.1 LCSP.

4. En este caso, es indiscutible que los servicios se han prestado, y que, por su propia naturaleza, son irrestituibles *in natura*, pues no pueden *devolverse* a A, que los ha ejecutado, lo que obliga a la CAR a indemnizar a A. para evitar una atribución patrimonial no justificada, que debe evitarse.

5. La circunstancia de que el acto de adjudicación de un contrato sea nulo acarrea una serie de consecuencias sustantivas y procedimentales, debiendo incidirse en que nuestro ordenamiento jurídico (art. 42 LCSP'17) establece un *mecanismo específico de reacción* frente a estos supuestos de hecho, que debe diferenciarse de otras instituciones jurídicas como la *responsabilidad patrimonial* de la Administración.

Además, y como es evidente, si el acto de adjudicación de un contrato es nulo de pleno Derecho por incurrir en alguna de las causas tasadas por los arts. 47 LPAC'15 o 39 LCSP'17, tal nulidad constituye una circunstancia objetiva e indisponible para la Administración. Por ello y como es lógico, ese vicio es *insubsanable* y el acto mismo no resulta susceptible de *convalidación* o *sanación* (cfr. art. 52.1 LPAC'15, *a contrario sensu*).

A partir de ahí, detectada la causa de nulidad, la Administración deberá imperativamente ejercer su potestad revisora (arts. 106 y ss LPAC'15), salvo que concurra alguna de las causas que, conforme al art. 110 LPAC'15, operan como límites a las facultades de revisión, y sin perjuicio de que esa nulidad pueda, además, denunciarse por los particulares a través de la vía de los recursos administrativos.

Va de suyo que el procedimiento a través del cual ha de ejercerse esa potestad revisora es el regulado por los arts. 106 y ss LPAC'15 y por el art. 48 de la Ley autonómica 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja (LFAR'05).

6. En fin, los efectos del ejercicio de esa potestad revisora son los que tasa y determina el ya analizado art. 42 LPSC'17; principalmente, la nulidad del propio contrato, su liquidación, la consiguiente restitución de las prestaciones o, subsidiariamente, de su equivalente económico, además de, en su caso, la fijación de una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido la parte que no sea culpable de la nulidad del contrato.

7. En la medida en que nuestro Derecho positivo ha diseñado un cauce específico para subvenir, en casos como el que analizamos, a las consecuencias generadas por la nulidad de los contratos administrativos, no es preciso acudir a otras instituciones, figuras o procedimientos diferentes, en particular, al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración al que ha acudido en este caso la Consejería consultante.

Así lo hemos reiterado en numerosos dictámenes (como los ya citados D.3/20, D.11/20 y D.14/20). En ellos, nos hemos hecho eco del Dictamen de 21 de diciembre de 2011 del Consejo de Estado (exp. núm. 1724/2011), que analiza el art. 35 LCSP'07, antecedente normativo inmediato del vigente art. 42 LCSP'17:

“Pues bien, por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que, en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP'07), se ha instituido una vía, precisa y adecuada, para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado art. 35.1 LCSP'07, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual; eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese art. 35 LCSP'07, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno Derecho y, para ello, es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento.

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

Por tanto, con el art. 35.1 LCSP'07 lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno Derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo art. 35 LCSP'07 regula para cuando se produzca tal nulidad”.

8. Por tanto, si, como en este caso sucede, los actos de adjudicación del contrato son nulos de pleno Derecho, la Administración autonómica puede y debe ejercer su potestad revisora, para, una vez declarada la nulidad de tales actos, dar a tal declaración las consecuencias establecidas por el art. 42 LCSP'17.

Lo que entraña, a su vez, que la Consejería actuante deba **archivar** el procedimiento de responsabilidad patrimonial, e **iniciar** un procedimiento de revisión de oficio, que habrá de tramitarse en la forma establecida por los citados arts. 106 y ss LPAC'15 y 48 LFAR'05, sin perjuicio de que pueda incorporarse a él, como antecedente, la documentación correspondiente a este expediente de responsabilidad patrimonial.

9. En cuanto a la forma de tramitación de ese futuro procedimiento revisor, este Consejo Consultivo se permite sugerir lo que a continuación se expone.

En el procedimiento de responsabilidad patrimonial y en las actuaciones previas seguidas a causa de las discrepancias suscitadas por la IGCAR se han tratado suficientemente los vicios que aquejan a los actos adjudicatorios de los contratos, y se ha dado audiencia por dos veces al contratista, que no ha formulado alegaciones.

Por ello, llegados ya a este punto, nos hallamos sin duda ante uno de esos supuestos de “*falta de complejidad*” que, conforme al art. 96.1 LPAC'15, habilitan a la Administración a tramitar simplificada un procedimiento administrativo.

Por tanto, a nuestro criterio, no habría inconveniente en limitar el procedimiento de revisión de oficio a los trámites mínimos exigidos por el art. 96.6 LPAC'15, que en este caso serían: **i)** Resolución de inicio del órgano competente, a la que se habrían de incorporar, como antecedentes, las actuaciones ya desarrolladas sobre esta cuestión; **ii)** audiencia por cinco días al interesado (quien podrá oponerse a la tramitación simplificada); **iii)** informe de los Servicios Jurídicos; y **iv)** Propuesta de resolución.

A partir de ahí, debería recabarse el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, quedando a criterio de la Consejería consultante la posibilidad de solicitar su emisión con carácter urgente (art. 15.1 LCCR).

Una vez emitido el dictamen, podría procederse a dictar la resolución que procediera.

Si la Consejería optase por ese curso simplificado del expediente revisor, no deberían transcurrir más de treinta días desde su inicio hasta su resolución (art. 96.6 LPAC'15), teniendo en cuenta que, desde la solicitud del dictamen, hasta su emisión, “*se producirá la suspensión automática del plazo para resolver*” (art. 96.6-g LPAC'15).

Sexto

Sobre la posible fijación de la indemnización en el seno del procedimiento de revisión de oficio, los criterios para fijarla y la naturaleza de la misma

1. Respecto a la **posibilidad** de indemnizar, como se ha señalado, el art. 42.1 LCSP'17 dispone que *“la declaración de nulidad... de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación”*, con la consecuencia de que las partes deberán *“restituirse... 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”*.

Esto supone, en principio, que el procedimiento de revisión de oficio y la consiguiente declaración de nulidad del acto adjudicatorio deben ser anteriores al expediente que haya de abrirse para la liquidación del contrato y la fijación de la posible indemnización; toda vez que aquella declaración de nulidad opera como presupuesto, o antecedente lógico, de la liquidación contractual y de la determinación de la indemnización.

No obstante, si esto es así, también es cierto que, como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen de 21 de diciembre de 2011): *“nada impide, por economía procesal, **acumular** la declaración de nulidad a la compensación o indemnización, que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el art. 35.1 LCSP'07 [hoy, art. 42.1 LCSP'17] (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del Derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para **tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio** de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno Derecho **con la compensación por los trabajos realizados** prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma”*.

En suma, resultaría conforme a Derecho que, en la tramitación del procedimiento revisor que en su momento se desarrollen las actuaciones necesarias para poder fijar la indemnización que haya de abonarse al contratista, en la misma resolución que, en su caso, declare la nulidad de los acuerdos de adjudicación.

2. Sobre la **cuantía** de esa indemnización, habrá de estarse a lo que resulte de la futura tramitación del expediente de revisión de oficio, si bien, sin ánimo de anticipar el análisis que merezca la cuestión a la vista de esa tramitación, este Consejo Consultivo puede exponer que, en asuntos semejantes, hemos considerado que el importe de las facturas giradas por el contratista es un elemento de juicio válido para calcular el *valor real* de la prestación ejecutada, y, por tanto, para fijar el importe de la indemnización,

cuando esas facturas son de una cantidad equivalente al precio que *esos mismos servicios* tenían, *según las mismas partes* y conforme a un *contrato vigente en un periodo inmediatamente anterior* (así lo hemos expuesto, por ejemplo, en nuestro D.11/20).

En este caso, no existía, antes de septiembre de 2019, un contrato administrativo 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 otro lado, cabe razonablemente suponer (y así lo reconocen tanto la Propuesta de resolución de 14 de septiembre de 2020, como el informe de la DGSJ de 13 de octubre de 2020) que el importe total de las facturas refleja el coste económico que la Administración autonómica habría debido padecer para obtener esos mismos servicios, en el caso de haber realizado una contratación en forma. En un sentido contrario, si el valor pecuniario que se atribuyera a la prestación irrestituible fuera menor, se produciría el contrasentido de que a la Consejería actuante le habría resultado más ventajoso contratar de manera irregular que hacerlo correctamente, efecto que, por absurdo e injusto, debe rechazarse.

A las anteriores consideraciones cabe añadir que, en el presente caso, no se plantearía el problema de si la indemnización debe resarcir al contratista de las cuotas de IVA repercutidas a la CAR e ingresadas a favor de la Hacienda pública, porque, según las facturas emitidas por A., en las que no se incluyen cuotas de IVA, se trataría de servicios exentos de tributar por ese impuesto.

3. En cuanto a la **naturaleza** jurídica de esa indemnización y para concluir, debe señalarse que, una vez sea fijada, la cantidad de dinero correspondiente no tendrá la condición de *precio de un contrato*, sino que obedecerá a un concepto bien distinto, de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria: el de *equivalente económico de una prestación* que, debiendo ser restituida precisamente por la nulidad de aquel contrato, no puede serlo *in natura*.

Por ello, al fijar esa indemnización, la Administración autonómica estará ejerciendo una competencia administrativa específica -la de liquidar un contrato nulo-, que está prevista por el art. 42 LCSP'17, y que, según la configura ese precepto, es accesoria o complementaria a la potestad para revisar de oficio los actos administrativos dictados en materia contractual, debiendo ponerse en juego cuando tal revisión entrañe la declaración de nulidad del contrato mismo.

Desde una óptica presupuestaria, ese acuerdo entrañará, dentro de las fases del procedimiento de ejecución del presupuesto de gastos, un acto autónomo de “reconocimiento o liquidación de la obligación” (arts. 65.1-c) y 65.4 LHR).

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

Tercero

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.

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