



**Ayuntamiento de Arenas de San Pedro**  
**Plaza del Generalísimo, 1**  
**05400 ARENAS DE SAN PEDRO**  
**(Ávila)**

**Asunto: Disconformidad con la adjudicación y con las condiciones de funcionamiento de la Escuela Municipal XXX, de Arenas de San Pedro (Ávila)**

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **2716/2020**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Centrado el objeto del expediente en la disconformidad con la adjudicación y con las condiciones de funcionamiento de la Escuela Infantil municipal XXX de Arenas de San Pedro (Ávila), se han llevado a cabo por esta Institución diversas gestiones de investigación con la Consejería de Educación, la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades y ese Ayuntamiento de Arenas de San Pedro, de cuyo resultado pueden deducirse las siguientes conclusiones:

**1. EN RELACIÓN CON LA ADJUDICACIÓN DEL SERVICIO PRESTADO EN LA ESCUELA INFANTIL MUNICIPAL XXX.**

La enseñanza infantil de 0 a 3 años no se trata de una competencia de las contempladas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de la Bases del Régimen Local. No obstante, la normativa autonómica de Castilla y León atribuye la competencia de gestión de escuelas de educación infantil en el tramo de 0 a 3 años en municipios de más de 5.000 habitantes.

Así, el artículo 1 del Decreto Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, dispone textualmente (artículo 1) que: *"Las competencias atribuidas a las entidades Locales de Castilla y León por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, se ejercerán*



*por las mismas de conformidad a las previsiones contendidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-ley".*

Y entre las competencias transferidas a los municipios con una población superior a los 5.000 habitantes, en el artículo 8 de la Ley 8/2009, de 16 de junio, de transferencia de competencias entre la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales de Castilla y León, se encuentra (letra b) "*la competencia sobre centros de educación de 0 a 3 años de carácter público*".

A su tenor, el Ayuntamiento de Arenas de San Pedro procedió a la creación de la Escuela Infantil XXX, sobre la que ostenta su titularidad. Si bien su gestión se realiza de forma indirecta por un particular a través del correspondiente contrato de concesión de servicios.

Pues bien, cuestionada en este expediente la adjudicación de dicho contrato, se trata, por tanto, de determinar si esta concesión de la gestión de ese servicio público prestado en dicha Escuela infantil municipal, se realizó conforme a la legalidad:

1.1. En cuanto a la tramitación del expediente de contratación: la fase preparatoria del contrato.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en vigor desde el 9 de marzo de 2018, establece el carácter formal de la contratación del sector público e impone la tramitación del correspondiente expediente para celebrar cualquier contrato por parte de las Administraciones públicas, en la línea de lo que disponía también la normativa de contratación anterior.

El artículo 116 LCSP se refiere a la tramitación del expediente de contratación, que exige su iniciación por el órgano de contratación "*motivando la necesidad del contrato*", en los términos previstos en el artículo 28.

Al expediente debe incorporarse el certificado de existencia de crédito y la fiscalización previa de la intervención. Y han de justificarse adecuadamente:

- a) La elección del procedimiento de licitación.
- b) La clasificación que se exija a los participantes.



c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

Pues bien, tras el análisis de la información y documentación facilitada por el Ayuntamiento de Arenas de San Pedro, consta en el expediente tramitado por el órgano de contratación, como procedimiento restringido (al estar incluida la prestación objeto del contrato en el Anexo IV de la LCS), la realización de las citadas actuaciones preparatorias, a excepción de la acreditación de la existencia de crédito.

Este trámite se exige en el apartado 3 del artículo 116 de la LCSP, en el que, al tratar de la iniciación y contenido del expediente de contratación, se dispone que al mismo deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o el documento equivalente, así como la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria.

Esta previsión es similar a la que se contiene, a los efectos de la intervención previa, en el artículo 219.2.a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el que se incluye, como uno de los documentos precisos para conformar el expediente de contratación, aquel que acredite la existencia de crédito presupuestario adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se tenga el propósito de contraer.

Por tanto, en términos generales, existe la necesidad de que se acredite la presencia de crédito adecuado y suficiente para poder tramitar el expediente de contratación.

Ello no impide, sin embargo, que puedan existir excepciones a esta regla general, siendo una de ellas la que aparece consagrada en la Disposición adicional tercera, apartado 2, de la LCSP, aplicable a las corporaciones locales, en la que se admite la tramitación anticipada de un expediente de contratación, quedando pendiente su



adjudicación, formalización y ejecución material a la llegada del momento en que existan los recursos suficientes.

En efecto, la citada Disposición adicional, bajo el título “Normas específicas de contratación pública de las Entidades Locales”, establece una regulación expresa de la tramitación anticipada de los contratos en el ámbito local. Así, su apartado 2 dispone:

*“Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente”.*

Por tanto, desde la entrada en vigor de la LCSP las Corporaciones Locales quedan habilitadas para utilizar esta figura de la tramitación anticipada.

Y siendo ésta, precisamente, la forma de tramitación desarrollada por el Ayuntamiento de Arenas de San Pedro en el caso examinado, como así consta en el Informe de Intervención que obra en el expediente, queda justificada la ausencia del documento antes señalado por condicionarse la ejecución material del contrato al momento en que se contara con los medios económicos necesarios para su cumplimiento.

## 1.2. Aprobación del expediente de contratación.

No basta, sin embargo, con la necesidad de realizar los citados trámites preparatorios para la aprobación del expediente de contratación, pues resulta también imprescindible la adecuación de su contenido a lo dispuesto en la normativa vigente.

En este sentido, conviene recordar que las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de la LCSP, contienen una regulación específica de la contratación pública para el ámbito local (relativa a “Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales” y a “Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales”, respectivamente) y que, de acuerdo con el apartado 1 de esta Disposición Adicional tercera, las administraciones públicas locales tienen que aplicar tanto las reglas contenidas en la LCSP, como las especialidades que se recogen en ambas disposiciones. Así, estas dos disposiciones adicionales incorporan una serie de novedades en la regulación de la contratación pública local, entre las cuales hay, respecto de las funciones de los secretarios, determinados casos en que es preceptivo su informe jurídico.

Literalmente, el apartado 8 de la Disposición Adicional tercera de la LCSP, con carácter de normativa básica de acuerdo con su Disposición final primera, dispone que *“Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario”*



y que *“Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos”*.

Esta obligación de informar en la aprobación de los expedientes de contratación por parte de los secretarios municipales, constituye una obligación adicional en el ámbito local, en la medida que los artículos 116, 117 y 118 de la LCSP, que regulan el contenido de los expedientes de contratación pública y su aprobación (con carácter general para los contratos de las administraciones públicas), no establecen la obligación de que se informe por los servicios jurídicos respectivos en la aprobación de los expedientes. Por lo tanto, con esta previsión, la LCSP ha introducido la exigencia de emisión de un informe para los contratos suscritos por las Entidades Locales que no se prevé con carácter preceptivo para los contratos del resto de administraciones.

Tras la aprobación y entrada en vigor de la LCSP, se ha pronunciado sobre esta obligación la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe emitido en el expediente 64/2018, de 10 de octubre de 2018, afirmando que la norma está estableciendo la elaboración necesaria de un informe jurídico específico del Secretario sobre la legalidad del expediente de contratación, adicional al que debe emitir sobre los pliegos de cláusulas administrativas de conformidad con el artículo 122 de la LCSP.

Aquel informe, debe contener un pronunciamiento jurídico expreso que indique si el expediente en su conjunto se adecúa a lo previsto en la normativa vigente: *“Por otro lado, de los precedentes normativos y del sentido de los términos del precepto, así como de la intención del legislador, se deduce que la interpretación correcta del mismo es precisamente que el informe jurídico en este caso debe recabarse no solo respecto de los pliegos y de los modelos de pliego sometidos a aprobación, sino también sobre la legalidad de las actuaciones necesarias para la aprobación de los expedientes de contratación. Si la intención de la norma hubiera sido la de referirse al informe ya previsto para los pliegos cabría colegir que el redactor de la norma lo hubiera especificado así. Por lo tanto, la conclusión que deriva de la nueva redacción es que el Secretario debe informar, por una parte los pliegos, tal como exige la ley respecto de todas las Administraciones Públicas y, por otra parte la aprobación del expediente, al haber sido explicitada en la DA 3ª la necesidad de este informe”*.

También precisa la Junta Consultiva de Contratación del Estado la naturaleza de ese informe, señalando que es *“un informe de claro carácter jurídico que se inserta dentro del marco de las funciones de asesoramiento legal preceptivo que los Secretarios tienen atribuidas en el artículo 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con*



*habilitación de carácter nacional, y, en concreto en su apartado h) que dispone su competencia para “h) Emitir informes cuando así se establezca en la legislación sectorial. Por esta razón, tal como declaró el Tribunal de Cuentas en su Informe 1.062, de 30 de octubre de 2014, los informes preceptivos del Servicio Jurídico en los procedimientos de contratación deben contener un pronunciamiento crítico, favorable o desfavorable, sobre la adecuación de la propuesta a la norma en cuestión, a lo que añadió el Tribunal que no respondían tales informes a su finalidad cuando eran meramente descriptivos” (...) a juicio de esta Junta Consultiva el informe jurídico del Secretario previsto en el apartado 8 de la disposición adicional tercera debe articular un pronunciamiento jurídico de que el expediente en su conjunto se adecuaba a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y al resto del ordenamiento jurídico”.*

Pues bien, en el caso del procedimiento de contratación examinado, consta la resolución del órgano de contratación aprobando el expediente tramitado (artículo 117 LCSP) para la adjudicación del contrato, pero sin la emisión de ese informe jurídico específico del Secretario sobre la legalidad de los trámites del expediente de contratación.

Únicamente figura en la documentación facilitada a esta Institución un informe jurídico del Secretario municipal descriptivo de los trámites necesarios para el desarrollo del procedimiento de contratación, sin contener un pronunciamiento expreso sobre la legalidad de las actuaciones practicadas para posibilitar la aprobación del expediente.

Es exigible, por tanto, la emisión de este pronunciamiento jurídico sobre la adecuación del contenido del expediente de contratación a la LCSP. Y si se llegara a la conclusión de que el contrato se celebró sin ajustarse a la legalidad, debería el órgano de contratación decidir el inicio del procedimiento de revisión de oficio del contrato para declarar su nulidad.

1.3. En relación con la publicidad y transparencia del procedimiento de contratación.

Por otra parte, la LCSP considera que la publicidad y la transparencia de los procedimientos contractuales son principios a los que necesariamente debe ajustarse la contratación pública. Así lo establece en su artículo 1, recogiendo un criterio que resulta asimismo patente en el artículo 18 y en los artículos 48 y siguientes, así como en el Considerando 1, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.



La entrada en vigor de la citada LCSP ha supuesto un avance significativo en esta materia, de modo que en la actualidad el procedimiento de adjudicación de los contratos está sujeto a los principios de publicidad y transparencia.

Estas reglas constituyen un avance con respecto a la normativa anterior y tienen su origen y fundamento en la regulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 5.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, señala, como regla general, que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán publicar de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. El apartado 4 del mismo artículo añade que la información mencionada deberá publicarse de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Como sabemos, esta última preferencia se convierte en una obligación taxativa en el caso de los contratos públicos en la LCSP.

En conclusión, de todos los preceptos anteriormente expuestos se deduce nítidamente que las citadas normas configuran conjuntamente un acabado sistema que tiene por finalidad lograr una plasmación efectiva y amplia de los principios de publicidad y transparencia. Así, los órganos de contratación del sector público están obligados a cumplir los términos legales establecidos en ambas normas, pues permiten garantizar la transparencia e incluso el control público de los requerimientos que la ley impone a los contratos.

Pese a ello, no consta en el supuesto del expediente de contratación examinado la publicación de los anuncios de información previa, ni de los actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación (o, en el caso de no haber actuado la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente), ni la resolución de adjudicación del contrato.

No puede deducirse, por tanto, la tramitación completa de un procedimiento licitatorio con todas las garantías de publicidad. Y la omisión de los requisitos examinados supone un incumplimiento de las condiciones formales indispensables para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general pretendido con la adjudicación.

No pudiendo conferir, pues, al órgano de contratación una libertad de actuación ilimitada, su intervención debe garantizar el pleno respeto a los principios de igualdad, objetividad, transparencia y proporcionalidad.

2. EN RELACIÓN CON EL FUNCIONAMIENTO DE LA ESCUELA INFANTIL MUNICIPAL.



En el marco del principio de cooperación de las corporaciones locales con la Administración educativa, los Ayuntamientos pueden ser titulares de centros docentes, cuyo carácter será público. La creación de estos centros de su titularidad se realizará por convenio al objeto de su inclusión en la programación de la enseñanza.

Así, en fecha 8 de mayo de 2015 se firmó el correspondiente convenio de colaboración entre la Comunidad de Castilla y León y el Ayuntamiento de Arenas de San Pedro para la cooperación en la creación de la citada Escuela Infantil de titularidad municipal, que fue autorizada e inscrita de oficio en el Registro de Centros Docentes de la Comunidad de Castilla y León, tras la publicación del Acuerdo 44/2015, de 9 de junio, por el que se crean escuelas infantiles, siéndole de aplicación, por tanto, el Decreto 12/2008, de 14 de febrero, por el que se determinan los contenidos educativos del primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad de Castilla y León y establecen los requisitos que deben reunir los centros que impartan dicho ciclo.

El centro se mantuvo sin funcionamiento hasta el 6 de marzo de 2020, teniendo que ser interrumpida su actividad poco después (14 de marzo de 2020) como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Tras su reanudación se pusieron en marcha dos aulas, encontrándose en este momento en funcionamiento tres unidades: una unidad de 0-1 años, una unidad de 1-2 años y otra de 2-3 años.

Pues bien, estando sometida la Escuela Infantil en cuestión a las funciones de control y supervisión que corresponden a la Inspección educativa conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del citado Decreto 12/2008, en fecha 11 de junio de 2021 se efectuó visita de inspección al centro, comprobando lo siguiente:

- Que el número de alumnos matriculados en cada unidad es el siguiente: 4 alumnos en la unidad de 0-1; 11 niños en la unidad de 1-2 años; y 18 menores en la unidad de 2-3 años, alcanzando un número total de 33 alumnos. En consecuencia, en ninguna unidad se llega al número máximo de niños permitido y se respeta, asimismo, la ratio de menores autorizada.
- Que la plantilla está formada por cuatro profesionales: Una diplomada en profesorado de EGB, especialidad educación infantil, y tres con el título de Técnica Superior en Educación Infantil. Las titulaciones de estas profesionales se ajustan a lo establecido en el artículo 10 del citado Decreto 12/2008.

En conclusión, la Administración educativa (como organismo de control competente) no ha deducido irregularidades en las condiciones de funcionamiento del centro cuestionado. Por el contrario, ha concluido que esta escuela infantil municipal cumple los requisitos tanto en el ámbito del personal, idoneidad del alumnado y ratios de





escolarización, como de documentación administrativa y pedagógica, incluyendo lo relativo al protocolo de prevención del COVID-19, y los materiales didácticos que utilizan docentes y alumnos.

Ahora bien, la adjudicación de la gestión del servicio prestado en dicha escuela infantil no implica una ausencia de control y fiscalización por parte del Ayuntamiento titular del mismo, con independencia de que corresponda a la Administración autonómica la función inspectora en materia educativa.

No puede olvidarse que a través de esta forma indirecta de prestación de servicios públicos por particulares, la administración retiene la titularidad del servicio, adjudicando su gestión a un tercero, el concesionario, que ejercerá una actividad dirigida a la satisfacción del interés público.

Pero este modo de prestación del servicio, en virtud de la autorización administrativa representada por la concesión, no supone una merma de las potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración (STS de 23 de mayo de 1994). De ahí que ésta no pueda desentenderse de la ejecución del contrato, conservando, así, los denominados poderes de policía.

Por ello, el contratista, como gestor y como consecuencia de la vinculación al servicio, aparece inmerso en una situación de especial sujeción respecto a la Administración local concedente en su tarea de satisfacer las necesidades colectivas, ostentando ésta, pues, una serie de prerrogativas (relacionadas en el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), entre las que destaca la de fiscalizar la gestión del concesionario (a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación) e imponer las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que se cometieran.

Sin embargo, en la información facilitada por ese Ayuntamiento no consta que se haya realizado actuación alguna dirigida a supervisar la gestión del servicio y, por tanto, el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento exigidas para su contratación.

En consecuencia, considerando que debe garantizarse en todo caso la objetividad de la administración local en la concesión de un servicio público de su titularidad y que no debe hacerse dejación de las potestades públicas en manos de la misma para evitar riesgos en la buena prestación de dicho servicio, consideramos conveniente, al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, formular la siguiente **Resolución**, recomendando la adopción de las siguientes medidas:



**1. La emisión del correspondiente informe jurídico por el Secretario municipal, favorable o desfavorable, en el que se pronuncie expresamente sobre la adecuación del contenido del expediente de adjudicación del servicio prestado en la Escuela Infantil municipal XXX a la normativa de contratación pública y sobre la legalidad de las actuaciones tramitadas para su aprobación, decidiendo el órgano de contratación, conforme a dicho pronunciamiento preceptivo y al incumplimiento de las garantías de publicidad y transparencia, la procedencia del inicio de un procedimiento de revisión de oficio de la contratación del servicio prestado en dicho recurso educativo.**

**2. El cumplimiento, en relación con los contratos que en adelante se adjudiquen por esa Administración local, de las obligaciones impuestas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.**

**3. El ejercicio de la función de control o de fiscalización de la gestión del servicio público prestado en la citada Escuela Infantil de su titularidad. Dictando, en caso de constatarse la existencia de posibles irregularidades o incumplimientos de las cláusulas del contrato, las órdenes oportunas dirigidas al restablecimiento de la legalidad, imponiendo las medidas pertinentes de cometerse alguna infracción o procediendo, en caso de resultar pertinente y previos los trámites oportunos, a la resolución del contrato.**

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Tomás Quintana López