

INFORME DE RESOLUCIÓN DE DISCREPANCIA

Se ha recibido en la Dirección General de Intervención y Contabilidad escrito de discrepancia formulado el 16 de diciembre de 2020 por la Dirección General de Recursos Educativos, conforme a lo dispuesto en los artículos 102 de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, y 22 del Decreto Foral 31/2010, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Control Interno, frente al informe de fiscalización emitido el 14 de diciembre de 2020 por la Intervención Delegada en el Departamento de Educación, en el expediente SGT N° 4909 de 28 de octubre de 2020, relativo a las actuaciones de emergencia para asegurar las medidas necesarias de desinfección y limpieza en el servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas.

ANTECEDENTES

La Intervención Delegada en el Departamento de Educación (ID) formula reparo suspensivo frente a la propuesta de Resolución de la Dirección General de Recursos Educativos, por la que se aprueban las actuaciones seguidas en el expediente de emergencia para asegurar las medidas necesarias de desinfección y limpieza en el servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas, por un gasto total de 1.870.641,020 euros, IVA incluido.

El reparo se fundamenta en la inadecuación del trámite de emergencia para todo el período o curso escolar, desde el 1 de septiembre hasta el 30 de junio, al considerarse que el artículo 140.2 LFCP limita la excepcionalidad de la tramitación de emergencia a las actividades que tengan dicho carácter y que para el resto de la actividad necesaria se contratará conforme a lo establecido por la LFCP.

Unido a lo anterior, advierte la ID la falta de competencia del Departamento de Educación para contratar la limpieza y desinfección de los vehículos de transporte escolar porque, aunque presten un servicio público, los titulares de los mismos son las propias empresas adjudicatarias del servicio.

En tercer lugar, se señala en el informe de reparo suspensivo que los gastos en los que deben incurrir los adjudicatarios del servicio de transporte escolar en concepto de limpieza de vehículos y compras de mascarillas y productos desinfectantes constituyen un sobrecoste correlativo al gasto que sufren los ciudadanos en su actividad diaria, por lo que habría de ser entendida como un daño que los titulares del servicio tienen el deber jurídico de soportar.

A mayor abundamiento, se alega que la contratación de emergencia ejecutada únicamente afecta a una parte del servicio de transporte escolar, al operado por vehículos

de más de 9 plazas, excluyéndose al resto de adjudicatarios que prestan el servicio con vehículos de menor capacidad.

Por lo que respecta a los importes calculados para los gastos de gel hidroalcohólico, mascarillas y limpiezas de los vehículos en nave, se advierte la ausencia de la debida Memoria Económica explicativa de los costes calculados, particularmente cuando se opone que el órgano gestor no ha tenido en cuenta la obligación de limpieza y desinfección diaria de los vehículos de los operadores de servicios de transporte de viajeros impuesto por el correspondiente Protocolo Ministerial, que se contrata ya en la propia licitación ordinaria, ni la debida proporcionalidad del transporte escolar con relación a la totalidad de la jornada diaria, o a la total facturación de la empresa adjudicataria, partiendo de que los vehículos se utilizan también para proveer servicios de transportes a otras empresas.

Y en este sentido, la ID informa de que los costes de limpieza ordinaria se compensan a través del abono de los costes salariales del conductor que vienen incluidos como trabajos auxiliares y sobre un cálculo de jornada de 8 horas y no la real del calendario.

La Dirección General de Recursos Educativos formula con fecha 16 de diciembre de 2020 informe de discrepancia, presentando el 18 de diciembre informe complementario, a fin de poder justificar, a instancias de la IG, las actuaciones realizadas en el seno de expediente reparado por la ID, acompañado de 2 anexos, relativos al procedimiento de emergencia del expediente y a la justificación de los importes calculados por gasto en desinfección y limpieza en el servicio.

El órgano gestor señala que, ante la situación extraordinaria de la pandemia COVID-19, con el fin de garantizar las condiciones sanitarias de los alumnos, al renovar la prórroga del transporte escolar para el curso 20/21, el Departamento de Educación impone la obligación de incluir las medidas necesarias para hacer frente a la misma, que se concretan en la inclusión en los vehículos de una pequeña dotación de mascarillas para imprevistos del alumnado e incremento de limpieza y desinfección de los vehículos por encima de la limpieza habitual que se realiza sobre los mismos, medidas que son objeto del “Protocolo de Prevención y Organización para el desarrollo de la actividad educativa presencial para el curso académico 2020-2021”, aprobado por OF 75/2020, de 31 de agosto, del Consejero de Educación y publicado en el BON nº 200, del 4 de septiembre de 2020.

La compensación del coste adicional de los contratos de transporte escolar fue planteada como un expediente de adjudicación a las mismas empresas contratistas del contrato principal, dado que no se podía adjudicar a empresas ajenas al mismo, y de emergencia, con base en el art. 15 de la LF 6/2020, de 6 de abril, ante la inminencia del inicio del curso, excluyéndose la modificación contractual por reequilibrio económico.

Con fecha 3 de septiembre de 2020, se envía un correo electrónico a las empresas contratista comunicando la adjudicación por emergencia del contrato complementario de por medidas COVID-19 y los costes a sufragar por vehículo y por día de prestación de servicio, para cada uno de los conceptos contemplados, que fueron contestados por las empresas el día 4 de septiembre, aceptando la propuesta formulada por el Departamento de Educación.

El órgano gestor entiende, frente al reparo de la ID, que el abono del coste adicional de las medidas impuestas por razón de salud pública no supone una indemnización ni una compensación por responsabilidad patrimonial, toda vez que las indemnizaciones por suspensión de los contratos durante el estado de alarma fueron tramitadas conforme al artículo 2 LF 7/2020, de 6 de abril, y su modificación operada por DF 5/2020, de 20 de mayo; tratándose en este caso de la implantación de una medida de necesario reequilibrio económico en los vehículos que así lo han necesitado.

En este aspecto, se aduce que los vehículos de transporte escolar de menos de 9 plaza no requerían la misma limpieza y desinfección, particularmente caso de los taxis, en los que se han limitado y reducido el número de usuarios.

A modo de aclaración, señala el órgano discrepante que nos encontramos ante una limpieza que tiene un carácter extraordinario, de emergencia, y que implica un sobrecoste del contrato inicial, frente a la limpieza propia de la licitación ordinaria del transporte escolar, que no conlleva un coste directo asociado a dicho concepto.

Además, se opone por dicho órgano de gestión que las citadas medidas no han tenido en cuenta la actuación seguida por otras empresas destinatarias de servicio de transporte, primando la garantía de la calidad del servicio escolar que, durante 4 meses, se ha desenvuelto sin necesidad de suspender la actividad de ninguna de las rutas ni notificación de brote alguno.

A mayor abundamiento, el órgano gestor informa de la implantación de un sistema de control que parte de la exigencia de una declaración responsable de las empresas con indicación de la localización de la nave y el horario de la realización de la limpieza y desinfección a fin de que, de forma aleatoria y sin previo aviso, el Departamento de Educación pueda verificar el cumplimiento del procedimiento suscrito por los responsables de cada empresa y los partes de trabajo diarios de limpieza y desinfección, conforme a lo establecido en el Protocolo del Ministerio.

En definitiva, el órgano de gestión discrepante concluye que no concurren en el expediente fiscalizado las causas abordadas por la ID para sustentar su reparo suspensivo, debiendo procederse a abonar las medidas COVID impuestas, teniendo en cuenta que los servicios se están prestando regularmente desde septiembre por las empresas adjudicatarias.

CONSIDERACIONES

El “Protocolo de Prevención y Organización para el desarrollo de la actividad educativa presencial para el curso académico 2020-2021”, aprobado por OF 75/2020, de 31 de agosto, del Consejero de Educación (BON nº 200 de 4 de septiembre), se enmarca en el artículo 9 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que determina que las administraciones educativas deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de los centros docentes, públicos o privados, que impartan las enseñanzas contempladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de los citados centros que aquellas establezcan, incorporando normas de limpieza y desinfección que son de obligado cumplimiento, una vez supervisadas por la correspondiente autoridad sanitaria.

En el ámbito del transporte escolar, las medidas establecidas incluyen el uso obligatorio de mascarilla, la limitación de las interacciones físicas entre el alumnado, la limpieza y desinfección de los vehículos y la formación, información y comunicación.

Así, el Protocolo establece que *“Al acceder al vehículo, el monitor o la monitora dispondrá de un dispensador de hidrogel para la desinfección de manos de cada alumno/a. En las etapas educativas que no disponen de personal cuidador el dispensador de hidrogel será automático.*

Limpieza en nave: se realizará tal y como establece el Protocolo de limpieza y desinfección para el transporte público de viajeros por carretera, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana”.

Por tanto, nos encontramos ante una serie de medidas, de naturaleza higiénico-sanitarias, de carácter extraordinario y de cumplimiento obligatorio que deben contemplarse en el desarrollo de la actividad educativa para la salvaguarda de la salud de los escolares, incluyendo el transporte escolar contratado por el Departamento de Educación para el desplazamiento de los alumnos a los centros escolares, y que, por tanto, en ningún caso pueden considerarse medidas de fomento ni acciones cuyo cumplimiento pueden quedar al albur de los propios prestatarios del servicio de transporte.

De esta manera, el Departamento de Educación se vio obligado a incluirlas, durante la vigencia de los contratos de transporte escolar prorrogados desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 30 de junio de 2021, asegurando su efectiva realización por las empresas destinatarias, a través de un sistema de control implantado, que incluye declaraciones responsables de las empresas sobre el detalle de la limpieza e infección que tienen que realizar diariamente y los controles oficiales a realizar aleatoriamente y sin previo aviso, a fin de asegurar el debido cumplimiento de dichas medidas.

Ahora bien, asiste la razón a la ID cuando advierte que no estamos en presencia de una nueva adjudicación y cuando cuestiona la emergencia de dicha contratación.

Así es cuando resulta que las nuevas medidas extraordinarias de limpieza y desinfección no constituyen el objeto de ningún contrato, ni siquiera complementario, por cuanto no son sino nuevos requerimientos técnicos impuestos a la prestación contractual, que no es otra que la prestación del servicio escolar, esto es prescripciones referidas al proceso de prestación reguladas en los artículos 60 y 61 LFCP.

Y es que, además, como señala la ID, la administración educativa nunca podría adjudicar un servicio de limpieza sobre bienes sobre los que no ostenta titularidad alguna, caso de los autobuses escolares de más de 9 plazas.

Por otra parte, el hecho de que las medidas impuestas tengan carácter extraordinario, en cuánto tienen su origen en la situación extraordinaria generada de pandemia, no implica la emergencia ni su tramitación con tal carácter.

En primer lugar, porque la normativa que pretende ampararla, art. 15 LF 6/2020, 6 de abril, no resulta aplicable una vez finalizado el estado de alarma prorrogado a las 00:00 horas del día 21 de junio, en virtud del RD Ley 555/2020, de 5 de junio, para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, resultando que la citada norma ha estado vigente en el horizonte temporal del 14 de marzo-21 de junio, y transcurrido dicho periodo decae la aplicación ex-lege del procedimiento de emergencia, cuya utilización debe quedar sujeto a los requisitos establecidos en las normas ordinarias de contratación pública.

En segundo lugar, porque el art. 140 LFCP configura un procedimiento de carácter excepcional cuya utilización ha de quedar reservada únicamente a los supuestos en los que se requiere una inmediatez de la acción, remitiendo al procedimiento ordinario el resto de actuaciones que rebasan dicha necesidad inicial, lo que no casa con la utilización de dicha excepcionalidad para el citado período 1 de septiembre-30 de junio.

Sin embargo, las consideraciones aducidas no afectan a la viabilidad de las medidas extraordinarias impuestas por el Departamento de Educación a los prestatarios del servicio de transporte escolar ni a las consecuencias jurídicas que hay que extraer de las mismas, toda vez que el órgano gestor tenía a su disposición la vía legal, a la que no recurrió, de la modificación contractual por alteración de la prestación, que no sólo resulta aplicable en los supuestos en que la prestación se hace más onerosa, cómo sería el caso, sino en aquellos en los que hay una reducción del precio del contrato, sin perjuicio de que en el caso contemplado, tal como reconoce el propio órgano gestor, no resulta previsible que las medidas sean levantadas durante toda la vigencia del contrato, razón por la cual se han hecho extensibles desde el 1 de septiembre al 30 de junio.

Efectivamente, los presupuestos necesarios para que pueda operar la modificación contractual señalada quedan acreditados en el expediente, toda vez que no resulta cuestionable la alteración de la prestación por razón de las medidas extraordinarias de limpieza y desinfección impuestas ni el coste incremental generado en el servicio, aceptado sin reservas por los contratistas, sin que, por otra parte, se haya advertido en el mismo, en ningún sentido, que la misma pueda afectar al contenido sustancial del contrato

por rebasar algunos de los límites cualitativos o cuantitativos establecidos en la normativa sobre contratación pública de aplicación, máximo cuando se ha indicado que la única razón para no haber recurrido a dicho opción legal es la incertidumbre sobre la duración de las medidas.

En este punto procede precisar que en el curso del procedimiento de fiscalización han resultado subsanadas por el órgano gestor las retenciones advertidas por la ID en relación a la falta de justificación de los importes a compensar por contrato, así como lo en lo referido a la falta de prorrateo conforme a facturación de los costes de limpieza en nave, teniendo en cuenta que los adjudicatarios realizan servicios para otros destinatarios, y a la falta de compensación de los costes salariales de los conductores, incluidos en otros trabajos auxiliares, dedicados a la facturación de la limpieza ordinaria de los vehículos, pues además de haber sido aportados los importes calculados por gasto de desinfección y limpieza en el servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas, se han recibido las aclaraciones que dejan patente tanto la falta de concepto retributivo asociado específicamente a la limpieza ordinaria de los vehículos como la no vinculación de las medidas extraordinarias adoptadas a las impuestas por otros destinatarios privados del servicio de transporte, toda vez que el Departamento de Educación debe garantizar la calidad del servicio de los escolares, imponiendo las medidas correspondientes, y asegurar su efectiva realización por parte de los operadores de transporte.

En esta tesitura, la elección de la vía procedimental utilizada por el órgano gestor no afecta a la resolución de la cuestión de fondo planteada porque la opción de la modificación contractual resulta totalmente conforme a derecho, no tanto por aplicación de la doctrina del reequilibrio económico, toda vez que no estaríamos ante un negocio concesional, como es el caso del transporte discrecional de viajeros por carretera, ni tampoco como un supuesto de responsabilidad extracontractual insita en la propia relación contractual, en cuanto que estamos ante medidas higiénico-sanitarias, de carácter general y no restringidas a al contrato examinado.

Por el contrario, se trataría, más bien, de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, consecuencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias por aparición de un riesgo que ha alterado las condiciones de ejecución del contrato, así como el propio presupuesto de la relación negocial, y que ha hecho que la prestación pactada resulte mucho más gravosa para una de las partes de lo que inicialmente se podía prever, por hechos que a todas luces deben ser considerados “extramuros” del normal “alea” inherente al principio de riesgo y ventura.

En definitiva, la causa objetiva de la alteración de las condiciones de la prestación del servicio de transporte escolar de más de 9 plazas, aprobación de normas de salud pública de obligado cumplimiento para responder a la situación de pandemia COVID-19, ha generado una mayor onerosidad de la prestación para los prestatarios del servicio determinante de la ruptura del equilibrio contractual que ha de resolverse, en este caso, flexibilizando el principio general de riesgo y ventura en razón de la continuidad del servicio y de la garantía de la calidad exigida a la prestación, con el fin de no hacer recaer,

exclusivamente, sobre una de las partes del contrato el perjuicio sufrido por esa mayor onerosidad de la prestación.

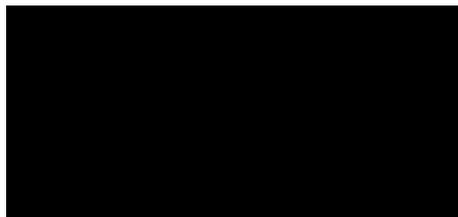
Siendo así, la propuesta de compensación del coste incremental generado a los adjudicatarios del servicio de transporte escolar de más de 9 plazas consecuencia de las medidas higiénico-sanitarias impuestas como consecuencia de la COVID-19 está plenamente justificada y resulta conforme a derecho

CONCLUSIÓN

En consideración a lo expuesto, procede resolver la discrepancia en el sentido de no ratificar el reparo suspensivo interpuesto por la ID en el Departamento de Educación frente a la propuesta de la Dirección General de Recursos Educativos para la compensación del coste incremental generado a los adjudicatarios del servicio de transporte escolar de más de 9 plazas consecuencia de la implantación de las medidas higiénico-sanitarias de desinfección y limpieza aprobadas por OF 75/2020, de 31 de agosto, del Consejero de Educación.

Pamplona, 24 de diciembre de 2020

El Director General de Intervención y Contabilidad



Javier Marticorena Chapa