

Dictamen nº: **170/17**
Consulta: **Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **27.04.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de abril de 2017, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Pozuelo de Alarcón, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f) d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación del contrato de *«constitución de un derecho de superficie sobre las parcelas EP-1-1 y EP-1-4 del API 4.6.03 (antiguo Plan Parcial “Parque Arroyo Meaques”) para la construcción de un complejo hospitalario y un aparcamiento subterráneo rotatorio de uso público»*, del que es titular la mercantil Grupo Hospitalario Quirón Inmuebles S.L. (en adelante *“la actual contratista”* o *“la actual superficiaria”*).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

A dicho expediente se le asignó el número 139/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 27 de abril de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido que se encuentra numerado y foliado, como es preceptivo, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Tras oportuna tramitación que incluyó la aprobación de los pliegos de condiciones del contrato (acuerdo del Pleno de 20 de noviembre de 2002) y publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM Núm. 289, de 5 diciembre de 2002), por acuerdo de fecha 11 de abril de 2003 del Pleno del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, se adjudicó a la mercantil Grupo Hospitalario Quirón S.A. la concesión de un derecho de superficie sobre la parcela EP-1-1 del API 4.6.03 para la construcción de un complejo hospitalario y un aparcamiento subterráneo, debiendo ésta abonar un canon anual de 923.338 €, más, a partir del 51 año (incluido) la suma que represente el 25% del beneficio anual antes de impuestos de la explotación del aparcamiento, y constituir una garantía definitiva por importe de 36.933,52 €.

La constitución del derecho de superficie fue formalizada en escritura pública de fecha 22 de mayo de 2003, por un plazo de 75 años a contar desde esa fecha.

2.- Por acuerdo de fecha 21 de mayo de 2008 de la Junta de Gobierno Local del citado Ayuntamiento, se modificó el contrato

ampliando el derecho de superficie por agregación de la parcela EP-1-4 del API 4.6.03, lo que se formalizó en escritura pública de fecha 4 de julio de 2008, con incremento del canon en 112.128 € anuales adicionales y reajuste de la garantía definitiva.

3.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, acordó el 21 de septiembre de 2011, tener por transmitido el derecho de superficie a favor de la actual contratista y autorizar la sustitución de dos hipotecas autorizadas el 21 de octubre de 2009.

4.- El 15 de mayo de 2016, la concejal de Urbanismo, Vivienda, Patrimonio, Movilidad y Transportes solicitó a la concejal de Hacienda y Contratación la modificación objeto del expediente, por ser conveniente a los intereses municipales al estar tramitándose un Plan Especial de Reordenación de la manzana EP-1 del API 4.6.03, con el fin de atender a las necesidades de equipamiento público educativo manifestadas por la Dirección General de infraestructuras y Servicios de la Comunidad de Madrid y que fue aprobado inicialmente por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 16 de marzo de 2016.

5.- El jefe de Área de Patrimonio emitió informe de fecha 16 de mayo de 2016 en el que se reflejaba que la Junta de Gobierno Local había acordado el 16 de marzo de 2016 la aprobación inicial del citado Plan Especial de Reordenación, que afectaba a la parcela resultante de agrupación de la EP-1-1 y EP-1-4, a la parcela EP-1-2B y a la parcela EP-1-3B, por lo que se depuraría su situación física y jurídica.

Posteriormente, el Pleno del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en sesión de 16 de junio de 2016, aprobó definitivamente el Plan Especial de Reordenación de la manzana EP-1 del API 4.6.03 “Parque Arroyo Meaques”.

6.- Con fecha 28 de noviembre de 2016 se emitió informe por la arquitecto jefe de Planificación Urbanística con el visto bueno del gerente municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, relativo a la modificación del contrato, con el siguiente contenido:

«El Plan General de Ordenación Urbana de Pozuelo de Alarcón, fue aprobado definitivamente por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de fecha 14 de marzo de 2002, que condicionó la publicación de dicha aprobación definitiva a la formulación de un Texto Refundido cuya aprobación se produjo el 6 de junio de 2002.

En dicho Plan General, los terrenos sobre los que se formula la consulta se encuentran englobados en la manzana EP.1, incluida en el API 4.6.03 “Parque Arroyo Meaques”. Dicha manzana ha sido sometida a diversas parcelaciones, y, actualmente, cuenta con las siguientes parcelas, todas ellas de titularidad municipal y con uso de equipamiento:

- Agrupación de las parcelas EP1-1 y EP1-4, de 38.199 m² de superficie, donde se ubica en régimen de concesión el Hospital...*
- Parcela EP1-2B, de 12.095 m² de superficie, que se encuentra vacante.*
- Parcela EP1-3B, de 8.905 m² de superficie, donde se ubica el Colegio Público Los Ángeles.*

Con fecha 18 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de este Ayuntamiento escrito de fecha 15 de febrero de 2016 emitido por la Dirección General de Infraestructuras y Servicios de la Comunidad de Madrid, en el que pone de manifiesto las necesidades para la

futura ampliación del CEIP Los Ángeles, con el fin de adquirir la condición de CEIPSO.

Esta solicitud concluye en la necesidad de contar con una superficie de suelo adicional a los 8.905 m² con los que ya cuentan, de 10.000 m² y una edificabilidad mínima adicional a la ya consumida de 5.000 m².

Así, en primer lugar, a tales efectos, la parcela objeto de ampliación para el CEIP, es la denominada EP1-2B, que cuenta con 12.095 m² de superficie, con lo que, al restarle la superficie de 10.000 m² necesarios para la ampliación del colegio, queda un sobrante de 2.095 m², el cual resulta inedificable, al intentar aplicar a su geometría de apenas 11 m de anchura, los parámetros de retranqueo y posición de las edificaciones contenidas en el PGOU y en el Plan Especial para la Mejora de la Ordenación Pormenorizada de las parcelas destinadas a usos de equipamientos del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón (BOCM n° 43 de 20/02/2003), que establece un mínimo de 3,00 m a calle y de H/2 a los linderos laterales con un mínimo de 3,00 m, teniendo en cuenta que la altura máxima permitida es de 12,00 m y, por tanto, el retranqueo a linderos laterales podría llegar a ser de 6,00 m. (...).

En segundo lugar, el acceso rodado a dos de las parcelas contenidas en la Manzana EP-1, las denominadas EP1-2B y EP1-3B, no se produce en la actualidad a través de red viaria, sino a través de un tramo de la parcela resultante de la agrupación de las parcelas EP1-1 y EP1-4, destinada a equipamiento y donde se ubica actualmente el Grupo Hospitalario..., pero cuyo uso efectivo es el de red viaria.

Por todo ello, ha sido necesario formular un Plan Especial de Reordenación de la Manzana EP-1 del API 4.6.03 “Parque Arroyo

Meaques” cuyo fin fue regularizar estas dos situaciones, el cual fue aprobado definitivamente por acuerdo del Ayuntamiento [en] Pleno en sesión celebrada el 16 de junio de 2016, y, posteriormente, un Proyecto de Parcelación de las parcelas incluidas en dicho Plan Especial, que fue aprobado por Resolución de la GMU de 21 de julio de 2016.

Así, para dar solución a estas dos cuestiones, en el citado Proyecto de Parcelación, la parcela resultante de la agrupación de las parcelas EP1-1 y EP1-4, sobre la que hay constituido un derecho de superficie a favor de..., ha sufrido las siguientes segregaciones y agrupaciones:

1. Se segrega la parcela identificada como EP1-C, de 2.545 m² que se destina a red viaria, con el fin de que la parcela destina a CEIP cuente con acceso y frente a vía pública, generándose, por tanto, la parcela EP1-A.1 de 35.654 m².

2. La parcela de 2.095 m² identificada como Parcela EP1-2.B.1 queda agrupada a la Parcela EP1-A de 35.654 m², generándose, como resultado de dicha agrupación, la parcela EP1-A de 37.749 m² (uso de Equipamiento y edificabilidad de 36.959,20 m²). Tras dicha agrupación la parcela de 2.095 m² ya agrupada a la colindante de 35.654 m², tiene de una configuración geométrica que le hace apta para su edificación conforme a lo establecido en las normas urbanísticas citadas y apta por tanto, para ampliar las instalaciones del Hospital...».

7.- El 12 de enero de 2017, la arquitecto técnico municipal emitió informe de valoración de la parcela EP-1A según metodología especificada, a los efectos de calcular el nuevo canon que debería abonar la nueva superficiaria, concluyendo que asciende a la cantidad de 12.630.822,12 €.

8.- Por el titular del Órgano de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, se emite informe de 17 de enero de 2017, en el que concluye que procedería incrementar el canon que se aplica actualmente, en 274.274,88 € anuales.

9.- El 31 de enero de 2017, conforme a la justificación del precitado informe de 28 de noviembre de 2016 y para llevar a ejecución el repetido Plan Especial de Reordenación, la concejal Delegada de Hacienda y Contratación del citado Ayuntamiento, resolvió, por delegación de la Junta de Gobierno Local (acuerdo de 3 de febrero de 2016, BOCM nº 48 de 26/02/2016):

“1º.- Incoar expediente para la modificación del contrato de derecho de superficie sobre las parcelas EP-1-1 y EP-1-4 del API 4.6.03 para la construcción de un complejo hospitalario y aparcamiento subterráneo, Expte. 83/02, del que es adjudicataria la mercantil..., en las condiciones siguientes:

1. Modificación de la parcela sobre la que recae el derecho:

Parcelas actuales sobre las que recae el derecho de superficie: EP.1.1 y EP.1.4. Superficie total: 38.199 m². Edificabilidad: 30.559,20 m².

Parcela resultante: EP.1-A. Superficie total: 37.749 m². Edificabilidad: 36.959,20 m².

2. Incremento del canon a abonar al Ayuntamiento:

Conforme lo informado por el Titular del Órgano de Gestión Tributaria, el canon debe ampliarse en 274.274,88 € anuales IVA no incluido.

3. Reajuste de la garantía definitiva del contrato:

Importe: 10.971,00 € (4% del incremento del canon anual), conforme dispone la cláusula 34ª del pliego que rige la concesión.

2º.- Otorgar el trámite de audiencia a la titular del derecho de superficie..., por plazo de diez días naturales, durante los cuales podrá examinar el expediente y formular las alegaciones que estime pertinentes.

3º.- Solicitar los informes preceptivos de Asesoría Jurídica e Intervención”.

Tal resolución es notificada a la superficiaria el 1 de febrero de 2017, que presenta escrito el día 21 del mismo mes y año en el registro del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en el que manifiesta su aceptación al incremento del canon anual y el reajuste de la garantía definitiva relativos a la modificación del contrato de derecho de superficie.

10.- El TAG jefe de Área de Asuntos Jurídicos y Contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, emite informe de 14 de marzo de 2017 sobre la modificación del contrato, en el que concluye que, previa la emisión de los informes preceptivos de la Asesoría Jurídica e Intervención municipales, procede modificar la concesión del derecho de superficie para su adaptación al reiterado Plan Especial de Reordenación, con incremento del canon anual y reajuste de la garantía en las cuantías anteriormente expuestas.

11.- El director general de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, emite informe de 16 de marzo de 2017 sobre la modificación del contrato objeto del expediente, en el que se refleja la normativa que considera de aplicación, aprecia la concurrencia de causa y razones de interés público que condujeron a la aprobación del Plan especial de reordenación, así como a la exigencia de modificación del canon del contrato para mantener el equilibrio económico

financiero. Considera necesaria la emisión de informe de la Intervención General municipal y que se solicite dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid antes de someter el expediente a la aprobación del órgano de contratación.

12.- El interventor general del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, emite informe de 30 de marzo de 2017, que estima justificados y adecuados a procedimiento los informes emitidos, por lo que con base en ellos, emite informe de fiscalización favorable.

13.- El 30 de marzo de 2017, el TAG jefe del Departamento de Asuntos jurídicos y Contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón emite informe con propuesta de resolución para la modificación del contrato adaptándolo al reiterado Plan Especial de Reordenación, con incremento del canon anual y reajuste de la garantía en cuantías de 272.274,88 € anuales y 10.971,00 €, respectivamente.

14.- Con escrito de 6 de abril de 2017, la alcaldesa de Pozuelo de Alarcón, solicita al consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, que se emita dictamen por esta Comisión Jurídica Asesora. El referido consejero traslada copia de la solicitud y del expediente a esta Comisión, con escrito de 7 de abril de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “(...) *la Comisión Jurídica Asesora deberá*

ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”, y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, “(...) por los Alcaldes-Presidentes de las mismas [las Entidades Locales] (...)”.

El artículo 114.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de *“modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente”.*

A estos efectos, el artículo 211 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, aplicable por ser la norma procedimental vigente en el momento de tramitación de este expediente de modificación de contrato, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas en los supuestos de modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente sea superior a un diez por ciento del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

Por lo que para la emisión de dictamen por parte de esta Comisión Jurídica Asesora se requiere que concurren ambos requisitos, esto es, que el importe del contrato sea igual o superior a 6.000.000 de euros y que la modificación sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato. El precio del contrato se fija en un canon de 923.338 anuales, por lo que siendo la duración del contrato de 75 años el importe del contrato excede del mínimo exigido por el artículo 211 del TRLCSP. A nuestro entender, no resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial efectuada en relación a contratos de concesión de servicios públicos, según la cual el precio de un contrato viene determinado por el canon anual. Al respecto, es conocido que el precio del contrato se fija en función del plazo de duración total, conforme al criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y la normativa de aplicación, plasmado reiteradamente en sus dictámenes 114/09, 226/10, 321/10, 272/11, 273/11, 274/11 y 275/11, entre otros, que esta Comisión Jurídica Asesora hizo suyo en el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre.

El nuevo canon se amplía en 274.274,88 €, y aunque se valorara a precios de 2002 a efectos comparativos como indica la propuesta de resolución, supone un 23,12% con respecto al precio primitivo del contrato, y un 35,03% si se le suma el incremento de 112.128 € que se efectuó en el año 2008, superando el 29% y 41% respectivamente sin hacer la valoración a esa anualidad, por lo que también se aprecia la concurrencia del segundo requisito.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA, y con la mayor celeridad posible aunque no viniera calificado como urgente.

SEGUNDA.- El contrato cuya modificación se pretende tiene como objeto la constitución de un derecho de superficie en parcelas de titularidad municipal a favor del contratista por un plazo de 75 años con obligación del mismo de construir un complejo hospitalario y un

aparcamiento subterráneo rotatorio de uso público, explotarlos y destinarlos a dichas finalidades hasta la extinción del derecho de superficie. De conformidad con la disposición transitoria primera, apartado 2 del TRLCSP: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

El objeto del contrato es la cesión del suelo durante un plazo de 75 años para las indicadas construcciones, explotaciones y destinos, transcurrido el cual, el Ayuntamiento recuperará la posesión de las parcelas con adquisición de la plena propiedad de cuantas edificaciones existan en las mismas. En atención al objeto y a pesar de la naturaleza patrimonial de las parcelas sobre las que se constituye el derecho de superficie, al seguir el fin público de garantizar la ordenación y equipamientos de la zona de actuación, se calificó como contrato administrativo especial en los términos previstos en el artículo 5.2.b) del TRLCAP por ser de objeto diferente al de los contratos típicos regulados en la Ley pero tener *“naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”*.

Por ello, en tanto que contrato administrativo especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del TRLCAP el contrato se debe adjudicar respetando lo dispuesto en dicha Ley y debe fijar las prerrogativas que el artículo 59 del TRLCAP reconoce a la Administración. El pliego de condiciones del contrato regula en su cláusula decimoséptima las prerrogativas del Ayuntamiento, entre las cuales se contempla la facultad de modificar el contrato por razones de interés público, así mismo se prescribe la obligación de dar audiencia al contratista.

Por tanto, para la modificación del presente contrato habrá que estar, desde el punto de vista procedimental al TRLCSP y, en las cuestiones sustantivas a la normativa vigente al tiempo de la adjudicación del contrato.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado el 11 de abril de 2003, por lo que la normativa vigente en ese momento, aplicable al mismo en el aspecto sustantivo, será el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

TERCERA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de modificación y el fondo de la modificación propuesta por la Administración.

La modificación del contrato administrativo es una prerrogativa prevista en los artículos 59, 101 y 163 del TRLCAP, que, de la misma manera que lo hacen los artículos 210, 211 y 219 del TRLCSP, aplicables ahora al procedimiento, exige el correspondiente trámite de audiencia al contratista y el informe del servicio jurídico.

Tratándose de una entidad local, el artículo 114 del TRRL impone, además de la audiencia al contratista, el informe de la Secretaría y el de la Intervención de la Corporación, requisito este último exigido también en el artículo 102 del RGLCAP, que señala: *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.”* (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (Dictámenes de esta

Comisión Jurídica Asesora 435/16 de 29 de septiembre, 59/17 de 9 de febrero, 71/17 de 16 de febrero y 162/17 de 20 de abril, entre otros). Habida cuenta del carácter de municipio de gran población que tiene la entidad local conforme al artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), resulta de aplicación el apartado 8 de la disposición adicional segunda del TRLCSP, que señala que *“los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación”* y *“los actos de fiscalización se ejercen por el Interventor de la Entidad local”*, y los artículos 129 y 134 de la LRBRL.

Consta en el expediente que se ha dado audiencia al contratista, que presentó su escrito prestando conformidad a la modificación el 21 de febrero de 2017, y que se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica municipal y el informe de fiscalización de la Intervención municipal, emitidos en fecha 16 y 30 de marzo de 2017, respectivamente, que se muestran favorables a tal modificación.

El trámite de audiencia ha de ser el último a efectuar, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (cfr. Artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC)).

Bien es cierto que los informes jurídico y de intervención han sido emitidos con posterioridad al trámite de audiencia, lo que, sin embargo, no ha supuesto indefensión al contratista a juicio de este órgano consultivo ya que no se han puesto de manifiesto otras cuestiones que no estuvieran planteadas con anterioridad por lo que no procede la retroacción del procedimiento conforme al criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 331/11 de 22 de junio, 374/11 de 6 de julio, 604/11 de 2 de noviembre y 410/13 de 25

de septiembre), que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 97/16 de 12 de mayo, 332/16 de 21 de julio, 397/16 de 8 de septiembre 516/16 de 17 de noviembre y 162/17 de 20 de abril, entre otros.

Conforme al criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, plasmado en sus dictámenes 107/13, 167/14 y 343/15, entre otros, que hicimos nuestro en el referido Dictamen 397/16 de 8 de septiembre, no resulta precisa la audiencia a los avalistas en los casos en que no existe reajuste de la garantía, o si existe, no les genera indefensión la falta de audiencia, porque resulta una eventualidad previsible al figurar la modificación en la documentación que rige la licitación y porque, en realidad, dicho reajuste implica una carga económica para el contratista y no para el avalista, que no se ve de esta manera estrictamente perjudicado en su posición inicial a pesar de la modificación del contrato.

Por su parte, el artículo 219 del TRLCSP, atribuye la competencia para la modificación del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 211. En el presente caso, el contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, que actualmente es un municipio de gran población como indicamos anteriormente, por lo que, a tenor de lo prevenido en la disposición adicional segunda del TRLCSP, es la Junta de Gobierno Local el órgano competente para aprobar la modificación propuesta. El inicio del procedimiento de modificación del contrato, se dispuso el 31 de enero de 2017 por resolución de la concejal Delegada de Hacienda y Contratación adoptada por delegación de competencias de la Junta de Gobierno Local.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de modificación, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la

LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio en que la Administración ejercite facultades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen.

En estos términos se pronunció esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 44/16 de 28 de abril, el 127/16 y el 132/16 de 26 de mayo, el 397/16 de 8 de septiembre, el 435/16 de 29 de septiembre y el 162/17 de 20 de abril, entre otros, asumiendo doctrina del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC.

En este caso, el inicio del expediente de modificación contractual tuvo lugar el 31 de enero de 2017, por lo que no ha caducado aun cuando en el expediente no conste que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del procedimiento, si bien se advierte de la inminencia de su caducidad si no se hubiere suspendido.

Conviene recordar que, con las excepciones legalmente previstas, a tenor del artículo 21.1 de la LPAC, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, y que en los casos de caducidad del procedimiento, entre otros, la resolución consistirá en la declaración de tal circunstancia, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

CUARTA.- En cuanto al fondo del asunto, como hemos manifestado en reiterados dictámenes, el *ius variandi* en la contratación administrativa es una prerrogativa de la Administración, reconocida por razones de interés público, en el caso que nos afecta, en el artículo 59 del TRLCAP, aunque habrá de tenerse en cuenta que según la jurisprudencia, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984, “...el derecho de modificación con que cuenta la Administración, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada...”.

Por su parte, el artículo 101.1 del TRLCAP establece que “*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente*”.

De ahí que, como indicó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 11/2008, 114/2009 y 226/10, entre otros, y esta Comisión Jurídica Asesora en nuestro Dictamen 397/16 de 8 de septiembre, «el “*ius variandi*” está sujeto no sólo a unos requisitos de procedimiento, sino, además, a unas condiciones debidamente justificadas, que se concretan en:

a) Que la modificación se ejercite y responda a razones de interés público.

b) Que se acuerde la modificación como consecuencia de necesidades nuevas o causas imprevistas en el momento de celebrar el contrato».

Históricamente dicha prerrogativa se ha justificado por la necesidad de adaptación del objeto de esas relaciones contractuales al interés general prevalente y a las demandas públicas. Pero por constituir esta potestad una excepción a la observancia de los dos principios básicos que presiden la contratación pública, (principios de publicidad y de concurrencia, comprendiendo este último también los de competencia, contradicción e igualdad de oportunidades) su utilización por los poderes públicos exige una interpretación restrictiva del artículo 101 del TRLCAP, puesto que la adopción de una postura distinta conduciría a la desnaturalización del proceso de licitación.

La facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho europeo de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 *Succhi di Frutta* (C-496/99).

La jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T-235/11).

En este sentido, se detrae del expediente que el sobrante de 2.095 m² de la parcela EP1-2B no es susceptible de licitación independiente para concesión de un derecho de superficie, habida cuenta de que resulta inedificable según el informe de 28 de noviembre de 2016 de la arquitecto jefe de Planificación Urbanística.

Como ha señalado el Consejo de Estado -entre otros en su Dictamen 3357/2003, de 11 de diciembre- y el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen 321/10, de 6 de octubre, tanto la concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas como del interés público deberán estar justificadas en el expediente.

La modificación propuesta surge como consecuencia de la necesidad nueva de dotar a un centro educativo de una mayor superficie de terreno para poder ser ampliado con el fin de adquirir determinada condición según exigencias de la Administración educativa, lo que determina su ampliación con terrenos de una parcela, cuyo sobrante resulta inedificable. A ello se une la necesidad de garantizar el acceso rodado a las parcelas de ubicación de ese centro educativo a través de la red viaria, lo que lleva a la aprobación del Plan Especial de Reordenación de la Manzana EP-1 del API 4.6-03 “Parque Arroyo Meaques” y posterior Proyecto de Parcelación.

Esos extremos se contienen con mayor detalle en el informe de 28 de noviembre de 2016, emitido por la arquitecto jefe de Planificación Urbanística con el visto bueno del gerente municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, a que nos hemos referido en los antecedentes de hecho del dictamen, a que nos remitimos en aras de brevedad expositiva.

Por lo que se refiere a las razones de interés público, el informe de la Asesoría Jurídica municipal de 16 de marzo de 2017 remite al informe de 14 de marzo de 2017 del TAG de Área de Asuntos Jurídicos y Contratación, que, después de reseñar el informe de 28 de noviembre de 2016, refleja:

“Como ha quedado justificado en el informe transcrito, el documento urbanístico da solución a las necesidades públicas planteadas por la Administración Educativa de la Comunidad de Madrid, de mayor

superficie y edificabilidad a la parcela en la que se encuentra ubicado el Centro de Educación Infantil y Primaria; redistribuye las parcelas para recoger lo que es vial público de facto; y por razones de economía, eficiencia e interés público, recupera la edificabilidad sobrante de la zona destinada a Centro Educativo para integrarla en la parcela de titularidad pública municipal.

Esa mayor edificabilidad recuperada en el Proyecto urbanístico, implica un mayor valor de la parcela sobre la que corre la concesión del derecho de superficie, lo que hace necesario en cumplimiento del art. 92 del RBEL (en especial el apartado 2) y de los términos del contrato administrativo especial y la adjudicación, el incremento proporcional del canon a satisfacer por la concesionaria al Ayuntamiento. De lo contrario podría producirse un enriquecimiento injusto de la concesionaria”.

Esto es, las razones de interés público son las que llevan al Ayuntamiento a recuperar la edificabilidad sobrante de la parcela destinada al centro educativo, que por sí sola es inexistente, mediante la integración de los metros cuadrados sobrantes en una parcela de titularidad pública municipal, cedida en derecho de superficie, y son razones de interés público las que determinan que deba modificarse el contrato ya que, al adquirir mayor valor la parcela de la actual contratista con la posibilidad de ampliar las instalaciones existentes, ha de incrementarse el canon anual que tiene que satisfacer tal contratista, para evitar su enriquecimiento injusto y, por ende, el correlativo perjuicio de la Administración municipal.

En suma, entendemos que el expediente justifica suficientemente las necesidades nuevas y las razones de interés público que motivan la modificación del contrato proyectada.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede informar favorablemente la modificación del contrato de *“constitución de un derecho de superficie sobre las parcelas EP-1-1 y EP-1-4 del API 4.6.03 (antiguo Plan Parcial “Parque Arroyo Meaques”) para la construcción de un complejo hospitalario y un aparcamiento subterráneo rotatorio de uso público”*.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 27 de abril de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 170/17

Sra. Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón

Pza. Mayor, 1 – 28223 Pozuelo de Alarcón