

Dictamen n<sup>o</sup>:           **226/10**  
Consulta:               **Alcalde de Torreldones**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **21.07.10**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de julio de 2010, sobre consulta formulada por el Alcalde de Torreldones, al amparo del artículo 14.1 f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre modificación del contrato de constitución de derecho de superficie a favor del Colegio A sobre una finca del Ayuntamiento de Torreldones.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 28 de septiembre de 2005 el Pleno del Ayuntamiento de Torreldones adjudicó la constitución de un derecho de superficie sobre la parcela sita en la finca “*Monte de los Ángeles*” de Torreldones, de titularidad municipal, con la finalidad de construir un Colegio concertado, a favor de la UTE B y C, por un canon anual de 465.000 euros. El 20 de octubre de 2005 dichas sociedades constituyeron la sociedad A.

El referido contrato de constitución de un derecho de superficie sobre parcela de titularidad municipal por un plazo de 75 años para la construcción de un colegio concertado fue formalizado entre el Ayuntamiento de Torreldones y la entidad Colegio A, en lo sucesivo “*el contratista*”, el 14 de noviembre de 2005.

En la cláusula segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato (aprobado por acuerdo del Pleno de la corporación el 1 de junio de 2005), se dispone que el Colegio sería de línea 3, con la obligación de concertar este número de líneas en las unidades correspondientes a la educación primaria y educación secundaria obligatoria, sin perjuicio de que los licitadores mejoren esos mínimos con otras ofertas educativas, tales como la educación infantil y el bachillerato.

Mediante escrito presentado en fecha 2 de febrero de 2010, el contratista solicita la modificación del contrato de derecho de superficie, en dos aspectos:

1º) La reducción del canon a pagar por el contratista.

2º) La extensión del ámbito de plazas concertadas al segundo ciclo de educación infantil.

En dicho escrito argumenta que *“como consecuencia de la crisis económica, se está apreciando la dificultad de muchas familias de mantener a sus hijos en colegios privados, así como el incremento de la demanda de plazas en centros públicos o concertados, con el riesgo de una posible bajada de calidad en la prestación del servicio educativo”*.

El Colegio muestra su disponibilidad para concertar el segundo ciclo de educación infantil, que actualmente gestiona en régimen privado, y manifiesta su disposición a realizar los trámites necesarios ante la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid para la obtención de dicho concierto con efectos inmediatos.

Continúa manifestando que como consecuencia del cambio de régimen de privado a concertado en la gestión de las citadas unidades, el Colegio vería disminuidos los ingresos que actualmente percibe, obligando a reestablecer el equilibrio económico del contrato, sustituyendo el canon

actual por otro que refleje, al menos en parte, la pérdida de ingresos que experimentará la sociedad.

De dicho escrito se dio traslado al Secretario del Ayuntamiento el cuál mediante informe de 5 de febrero de 2010 manifiesta que el límite en la modificación del canon deriva de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, esto es, del 6% del valor en venta del bien inmueble. Posteriormente dicho Secretario emitió un nuevo informe, el 19 de febrero de 2010, en el que admite la posibilidad de modificar el contrato siempre que se justifiquen las razones de interés público que concurren para proceder a la misma y que se respete el límite del 6% del valor del bien en la disminución del canon.

La interventora del Ayuntamiento, en fecha 14 de febrero de 2010, ha emitido informe en el que concluye que *“en la situación actual y con los datos obrantes no es revisable el canon, sin perjuicio de poder optar por iniciar la vía de modificación del contrato, justificándose la necesidad de variar un elemento esencial en base al interés público con el fin de compensar una nueva necesidad solicitada por el adjudicatario, que es la disminución de ingresos consecuencia del concierto o por la resolución del contrato”*.

En fecha 25 de marzo de 2010 la Concejala Delegada de Educación remite escrito al contratista por el que le adjunta un escrito de modificación del contrato, para su aprobación por el Pleno y le requiere que aporte determinada documentación.

El contratista, el 22 de marzo de 2010, ha presentado escrito solicitando tener acceso al expediente de modificación del contrato y adjunta copia de la escritura de constitución de la misma.

Constan diversos informes de la Secretaría y de la Intervención respecto a los trámites a seguir y la necesidad de respetar el límite del 6% del valor del bien inmueble, haciendo referencia a que el contratista no ha pagado los cánones correspondientes a los años 2008 y 2009.

El 16 de abril de 2010 el Alcalde del Ayuntamiento y el contratista han suscrito una propuesta de modificación del contrato celebrado el 14 de noviembre de 2005 por el que el contratista se obliga a prestar en régimen de concierto el segundo ciclo de educación infantil, siempre que obtenga el correspondiente concierto de la administración autonómica, y el Ayuntamiento accede a una reducción del canon a 263.649 euros anuales, con efectos desde el 1 de septiembre de 2010. La eficacia de dicha modificación se supedita a la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento.

El 19 de abril de 2010 el contratista presenta escrito manifestando su conformidad con la reducción del canon sin perjuicio de aclarar que se halla pendiente de resolución judicial la fijación del canon correspondiente a los ejercicios 2007 a 2010. Ante dicho escrito el secretario emite informe desfavorable a la modificación propuesta. Finalmente, el contratista solicita mediante escrito de 23 de abril de 2010 la retirada del anterior escrito y su no consideración a los efectos del presente procedimiento de modificación.

Finalmente, en fecha 26 de abril de 2010, el Pleno del Ayuntamiento acordó la modificación del contrato en los siguientes términos, según consta en el certificado emitido por el Secretario del Ayuntamiento:

*“El Pleno del Ayuntamiento previa votación ordinaria y por nueve votos a favor y ocho votos en contra, lo que supone el voto favorable de la mayoría, acuerda:*

*1º.- Modificar el contrato suscrito con Colegio A, para la constitución de un derecho de superficie sobre una parcela en el Monte de los Ángeles*

*de Torrelozanes para la construcción de colegio concertado, bajo las siguientes estipulaciones:*

*PRIMERA.- Ampliación del número de unidades educativas concertadas.*

*La sociedad se obliga a prestar en régimen de concierto el segundo ciclo de educación infantil. A tal fin, la sociedad procederá, de forma inmediata a la ratificación del presente Contrato por el Pleno del Ayuntamiento de Torrelozanes, a solicitar tal concierto a la Comunidad de Madrid.*

*SEGUNDA.- Modificación de la contraprestación económica del contrato.*

*El nuevo canon actualizado a 2010, que tendrá efectos desde 1 de septiembre de 2010, será de doscientos sesenta y tres mil seiscientos cuarenta y nueve (263.649) euros, como resulta del nuevo cálculo económico ante el nuevo régimen de concierto.*

*TERCERA.- Liquidación de 2010.*

*Como consecuencia de la modificación del contrato, y habida cuenta de que el canon correspondiente a la totalidad del año 2010, por importe de 497.169,59 euros, ha sido ya liquidado mediante Resolución de 13 de enero de 2010, el Ayuntamiento se compromete a modificar la liquidación mencionada dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de eficacia de este Contrato, de la siguiente forma:*

*a) Liquidación de la parte proporcional correspondiente a los ocho primeros meses de 2010, teniendo en cuenta el canon vigente hasta el 31 de agosto de 2010.*

*b) Liquidación de la parte proporcional correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 2010, teniendo en cuenta el canon vigente a partir del 1 de septiembre de 2010.*

CUARTA.- Eficacia

*El presente contrato surtirá efectos en la fecha en que se cumpla la última de las siguientes circunstancias:*

*a) Que sea efectivo el concierto de la sociedad con la Comunidad de Madrid del segundo ciclo de educación infantil<sup>1</sup>.*

*b) Que el presente Contrato sea ratificado por el Pleno del Ayuntamiento de Torreldones.*

*2º.- Continuar con la tramitación del expediente.*

*3º.- Condicionar la eficacia de los anteriores acuerdos y la ratificación del contrato por el que se modifica contrato suscrito con A, para la constitución de un derecho de superficie sobre una parcela en el Monte de los Ángeles de Torreldones para la construcción de Colegio Concertado, al concierto de la Sociedad con la Comunidad de Madrid del segundo ciclo de educación infantil y al resto de informes preceptivos que puedan darse como consecuencia de la tramitación del expediente”.*

**SEGUNDO.-** En este estado del procedimiento se formula consulta por el Alcalde del Ayuntamiento de Torreldones, a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 8 de junio de 2010, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de julio de 2010.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en el antecedente de hecho anterior.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“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 de las Administraciones públicas”*.

El artículo 114.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones Legales vigentes en Materia Local atribuye al órgano competente de la entidad local 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”*.

Por remisión el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) dispone:

*“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de*

*interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.*

*En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.*

2. (...).

3. *No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:*

*b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros)”.*

Por lo que para la emisión de dictamen por parte del presente Consejo Consultivo se requiere que concurren ambos requisitos, esto es, que el importe del contrato sea igual o superior a 6.010.121,04 euros y que la modificación sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato. El precio del contrato se fija en el contrato en un canon anual de 465.000 euros anuales, por lo que siendo la duración del contrato de 75 años el importe del contrato excede del mínimo exigido por el artículo 59.3b) del TRLCAP. A nuestro entender, no resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial según la cual, el precio de un contrato no puede venir determinado por el resultado de la multiplicación del precio anual por el plazo de duración del mismo, ya que dicha interpretación se ha realizado por el Tribunal Supremo en diversas sentencias (Sentencia 4 de mayo de 2005 y de 27 de febrero de 2008) relativas a contratos de concesión de servicios públicos. En todo caso, este Consejo como ya manifestó en el Dictamen nº 114/2009, se ha hecho partícipe de la doctrina sentada por

el Consejo de Estado al respecto de admitir dicha fórmula para el cálculo del precio del contrato a los efectos de determinar cuando es necesaria la emisión de dictamen por el órgano consultivo, entre otros en Dictámenes nº 2538/2006 y 759/2007.

El nuevo canon de 263.649 euros supone una reducción del precio originario de más de un 56%, por lo que también se aprecia la concurrencia del segundo requisito.

La petición de dictamen se cursa a través del Consejero de Presidencia, Justicia e interior, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** Antes de abordar el fondo del asunto, debemos determinar el régimen jurídico del contrato que se pretende modificar. El contrato suscrito el 14 de noviembre de 2005 tiene como objeto la constitución de un derecho de superficie en un predio de titularidad municipal a favor del contratista por un plazo de 75 años con la obligación del mismo de construir un colegio concertado para las enseñanzas obligatorias, esto es educación primaria y secundaria obligatoria. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera apartado segundo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público *“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”*. Habiéndose adjudicado el contrato el 28 de septiembre de 2005 debe aplicarse las disposiciones contenidas en el TRLCAP y por tanto, el precepto que fundamenta la petición del

preceptivo dictamen al Consejo Consultivo autonómico es el artículo 59.3.b) de aquélla, citado *supra*.

El objeto del contrato es la cesión del suelo para la construcción de un colegio concertado durante un plazo de 75 años, transcurrido el cual, el Ayuntamiento adquirirá la propiedad del mismo. En atención a su objeto se puede calificar como un contrato administrativo especial en los términos previstos en el artículo 5.2 b) del TRLCAP al tener un objeto diferente al de los contratos típicos regulados en la Ley pero tiene *“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”*.

La distinción entre contrato privado y administrativo especial no es cuestión sencilla, sin embargo como señala el Tribunal Supremo, *vid.* Sentencia de 24 de enero de 2007 (RJ 2007\710), *“como elemento significativo en la caracterización contractual, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato –y siempre contemplando su prestación característica– con el desempeño de las potestades administrativas específicamente atribuidas a la administración contratante, para cuyo ejercicio sirve aquél como instrumento o medio, y siempre orientado a la satisfacción de una finalidad o un interés público, que constituye el elemento teleológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato, y ha servido además como elemento de modulación de su carácter. El problema se encuentra en la amplitud con que quiera verse esa relación y en el modo de entender la vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de un servicio público –en términos de la legislación anterior– o al giro o tráfico específico de la Administración contratante, conceptos éstos que, a su vez, requieren la atribución de un determinado significado y de un concreto contenido”*.

La competencia en materia educativa no se atribuye expresamente a las entidades locales, ahora bien de conformidad con el artículo 25.2 n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) les corresponde participar en la creación y construcción de centros docentes. También la Ley Orgánica 2/2006, de 2 de mayo, de Educación, les impone colaborar con la administración educativa para la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes.

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 del contrato regula en su cláusula vigésimo primera 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.

**TERCERA.-** En cuanto a los aspectos formales, se aprecian graves irregularidades.

El artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, requiere que se emita informe por la Secretaría y la Intervención y que se de audiencia al contratista, al disponer:

*“2. Las facultades establecidas en el número anterior se entienden sin perjuicio de la obligada audiencia del contratista y de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar.*

*3. Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos serán inmediatamente ejecutivos”.*

El trámite de audiencia también viene exigido por el artículo 59.1 *in fine* y el artículo 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho trámite ha sido cumplido adecuadamente al haber mostrado el contratista su conformidad a la modificación propuesta, mediante escritos presentados el 19 y el 23 de abril de 2010.

Tanto la Secretaría como la Intervención han emitido informe admitiendo la modificación propuesta. Si bien, el Secretario mediante informe de 19 de abril de 2010 ha matizado dicha conformidad a la referida modificación.

Las irregularidades a las que hacíamos referencia anteriormente se refieren al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 101.1 del TRLCAP, a cuyo tenor *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*. Pues bien, en el expediente el órgano de contratación no ha elaborado informe alguno que, de manera expresa, aborde la cuestión del interés público que justifique la modificación del contrato. Tan sólo consta la instancia del contratista en la que pone de manifiesto que como consecuencia de la crisis hay mayor demanda de plazas en colegios públicos y concertados, y el acuerdo suscrito entre las partes el 16 de abril de 2010, en cuya parte expositiva se dispone:

*«II. Que el Pliego de condiciones por el que se rigió el concurso para la adjudicación del derecho de superficie establece que el Colegio sería de línea 3, con la obligación de concertar este número de líneas en las unidades correspondientes a la educación primaria y educación secundaria obligatoria.*

*III. Que la sociedad, además del concierto de las mencionadas unidades de las líneas referidas, presta servicios educativos en régimen de colegio privado en el segundo ciclo de educación infantil.*

*IV. Que, como consecuencia de la crisis económica, se está apreciando la dificultad de muchas familias de mantener a sus hijos en colegios privados, así como el incremento de la demanda de plazas en centros públicos o concertados, con el riesgo de una posible bajada de calidad en la prestación del servicio educativo.*

*V. Que es de interés del Ayuntamiento contribuir a hacer efectivo el derecho de los padres a que sus hijos tengan la formación académica que tengan por conveniente, ampliando su capacidad de elección e incrementando la oferta educativa de plazas escolares concertadas.*

*VI. Que la sociedad está dispuesta a concertar el segundo ciclo de educación infantil, que actualmente gestiona en régimen privado, y manifiesta su disposición a realizar los trámites necesarios ante la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid para la obtención de dicho concierto con efectos inmediatos.*

*VII. Que, como consecuencia del cambio de régimen de privado a concertado en la gestión de las citadas unidades, la sociedad vería disminuidos los ingresos que actualmente percibe. Ello obliga a restablecer el equilibrio económico del contrato, sustituyendo el canon anual actual por otro 2 que refleje, el menos en parte, la pérdida de ingresos que experimentará la sociedad (el “Nuevo Canon”).*

*VIII. Que, de conformidad con lo expuesto, estando las partes interesadas en modificar el citado contrato de adjudicación del derecho de superficie sobre la parcela sita en la finca “Monte de los Ángeles” de Torrelodones de 14 de noviembre de 2005».*

Por tanto, se aprecia una vulneración flagrante del artículo 101.1 del TRLCAP pues no se ha incorporado al expediente informe alguno que acredite la concurrencia de la causa de interés público que justifique la reforma del contrato. Como hemos analizado anteriormente, dicho artículo sólo permite introducir modificaciones en los contratos cuando obedezcan a causas imprevistas o necesidades nuevas, pero debe darse cumplida cuenta de las mismas sin que baste una mera alegación genérica.

En segundo lugar, el expediente de modificación del contrato ha sido remitido a este Consejo Consultivo una vez ha resultado aprobado por el Pleno de la corporación, por lo tanto dicha decisión ha sido adoptada omitiendo el trámite de solicitud de dictamen al presente órgano consultivo.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre (FJ 4), ha dispuesto que la omisión del trámite de informe preceptivo del Consejo de Estado constituye una infracción de un trámite esencial en el procedimiento administrativo. A tal efecto manifiesta:

*“La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo”.*

La gravedad del irregular proceder de la Corporación Municipal tiene tal trascendencia que puede determinar la nulidad radical del acuerdo adoptado. El artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declara que son nulos de pleno derecho los actos dictados, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ese vicio no sólo se produce

cuando se ha prescindido de todos los trámites, sino también cuando se ha omitido algún trámite esencial (Sentencias de 2 de enero de 1979 y 8 de marzo de 1982). La consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y la posterior emisión del correspondiente dictamen son trámites esenciales en aquellos procedimientos en los que la consulta es preceptiva. Esa esencialidad no deriva del eventual carácter vinculante del dictamen, sino de la posición relevante del órgano consultivo en la arquitectura institucional diseñada por la Constitución. En los casos en los que el dictamen no es vinculante, el parecer del Consejo no es determinante del contenido de la decisión que acabe tomándose, pero procesalmente es determinante para la adopción de la pertinente resolución administrativa. Es decir, cuando la consulta es preceptiva, el correspondiente dictamen es un trámite procesalmente esencial, por lo que su sola omisión equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Lo mismo sucede cuando, siendo preceptiva la consulta al Consejo Consultivo, se dicta un acto sin recabarla y después se intenta subsanar el vicio solicitando tardíamente el correspondiente dictamen. Este es un informe determinante para la adopción del acuerdo municipal de modificación de un contrato, es un trámite esencial para dictar ese acto administrativo y, en consecuencia, su omisión equivale a dictarlo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En ese sentido cabe recordar el dictamen de este Consejo de Estado de 4 de julio de 1985 (expediente número 47.858) que señaló que la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado en los casos de interpretación de los contratos administrativos vicia de nulidad radical el acto finalmente adoptado. Como destacó el dictamen de 11 de diciembre de 1980 (expediente número 42.764): *“el principio de economía, celeridad y eficacia, que consagra el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no puede implicar la omisión del dictamen del Consejo de Estado”*.

También ponen de manifiesto que la omisión del dictamen del Consejo de Estado es un vicio de nulidad radical no susceptible de convalidación los dictámenes de 4 de diciembre de 1975 (expediente número 39.922), 7 de octubre de 1976 (expediente número 40.443), 27 de mayo de 1981 (expediente número 43.200), 13 de mayo de 1982 (expediente número 44.000), 17 de noviembre de 1983 (expediente número 45.853), 15 de marzo de 1990 (expediente número 52.617), 17 de septiembre de 1992 (expediente número 1.026/92), entre otros. En este último dictamen se expresa con claridad por qué razón no puede convalidarse la omisión de la preceptiva consulta al Consejo de Estado: el sentido de la consulta es ilustrar al órgano que debe adoptar la decisión, ilustración que sólo tiene sentido antes de que la resolución se adopte, y por ello, la omisión de la consulta no puede subsanarse mediante una consulta tardía, una consulta evacuada cuando ya se ha adoptado una decisión. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1980, en la que se declara que la omisión de la consulta al Consejo de Estado no puede subsanarse debido a que *“el informe omitido debe preceder las resoluciones administrativas que deben tener en cuenta su contenido antes de decidir”*. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989 y de 25 de abril de 1991.

Ahora bien, como ya pusimos de manifiesto en el Dictamen 114/2009, la jurisprudencia más reciente ha considerado que la petición de dictamen con posterioridad a la adopción del acuerdo de modificación no es un vicio de nulidad de pleno derecho del procedimiento, sino de anulabilidad y por lo tanto susceptible de convalidación ex artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En efecto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1268) se dispone que:

*“No podemos afirmar que el acuerdo municipal impugnado incurriera en el vicio de nulidad que se predica en la sentencia impugnada, ya que*

*según la certificación del Secretario General del Ayuntamiento de Alcalá de Henares -folio 129 y siguientes del expediente- se acredita que el acuerdo adoptado por el Pleno municipal en sesión celebrada el día ocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho «se acordó remitir el presente acuerdo al Consejo de Estado para la emisión del preceptivo dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 18, párrafo segundo, de la Ley de Contratos del Estado, quedando la eficacia de este acuerdo condicionada al informe de dicho Cuerpo Consultivo, y el Consejo de Estado, aunque destaca la irregularidad administrativa al acordarse previamente la modificación del contrato, emite su dictamen no para validar lo ya acordado sino para aconsejar sobre el mantenimiento de la modificación, informando «que procede la modificación del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de Alcalá de Henares y la empresa Urbaser para cubrir el servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos y urbanos».*

*De ahí, no podemos afirmar que según el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, sea nulo de pleno derecho el acuerdo municipal impugnado, sino que, a lo sumo, sería anulable -artículo 63 de la citada Ley -, y por tanto sería susceptible de convalidación -artículo 67-, pues el hecho de no haberse solicitado previamente por la Corporación municipal el dictamen del Consejo de Estado carece en el supuesto que analizamos de relevancia jurídica, pues su contenido hubiera sido el mismo, ya que el informe del Órgano consultivo fue favorable a su modificación y el acuerdo municipal, condicionaba su eficacia al informe del Órgano consultivo”.*

En dicho supuesto el acuerdo de modificación del contrato se adoptó haciendo la salvedad de que la decisión de modificar el contrato quedaba supeditada al ulterior informe que emitiese sobre el particular el órgano consultivo correspondiente.

La modificación del contrato es un acto que tiene ejecutividad inmediata de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.1 del TRLCAP. Ello no obstante, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 26 de abril de 2010, como se ha transcrito en los antecedentes de hecho, supedita su eficacia a la aprobación del concierto educativo por parte de la Comunidad de Madrid y *“al resto de informes preceptivos que puedan darse como consecuencia de la tramitación del expediente”*. Por ello, en atención a dicha salvedad y aplicando lo manifestado por el Tribunal Supremo la omisión del trámite de dictamen con carácter previo a su aprobación no adolece de vicio de nulidad radical y resulta anulable, siendo susceptible de convalidación el artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por último, manifestar que el acuerdo del Pleno de 26 de abril hace referencia *“al resto de informes que puedan darse como consecuencia de la tramitación del expediente”*. Tras la emisión de dictamen por parte del Consejo Consultivo no resultan admisibles informes posteriores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, según el cual *“los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo no podrán ser sometidos al informe posterior de ningún otro órgano o institución de la Comunidad de Madrid, de las entidades locales o de las universidades públicas”*.

**CUARTA.-** En cuanto al fondo del asunto, como ha manifestado este Consejo en anteriores dictámenes, el *ius variandi* en la contratación administrativa es una prerrogativa de la Administración, reconocida por razones de interés público 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...”*.

Se podría plantear, si nos encontramos ante una auténtica modificación o si se trata, sin más, de una demanda de restaurar el equilibrio financiero del contrato o de revisión de precios.

El artículo 101 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre), precisa en su artículo 101 expresamente que no supone modificación del contrato la alteración del precio debida a la aplicación de las cláusulas de revisión; *“No tendrá carácter de modificación del contrato la alteración del precio por aplicación de cláusulas de revisión, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 103 a 108 de la Ley y en los artículos 104 a 106 de este Reglamento”*. El artículo 103.3 obliga a los pliegos a detallar la fórmula o sistema de revisión de precios aplicable, fórmula que se contiene en la cláusula novena del mismo.

A nuestro juicio nos encontramos ante una auténtica modificación contractual, pues las variaciones propuestas no solo afectan al canon sino también a la cláusula segunda del Pliego de Condiciones en tanto en esta se preveía que la enseñanza concertada abarcaría la educación Primaria y Secundaria (de 6 a 16 años). Dado que se propone la ampliación de la enseñanza concertada a la preescolar, se está afectando a las características propias del objeto del contrato más allá de la simple revisión del precio.

Por lo que se refiere al reequilibrio económico, dicha institución conlleva una modificación del contrato, tiene su origen tanto en los actos o resoluciones dictados por la Administración que afectan al equilibrio económico de las prestaciones del contrato, como en circunstancias externas imprevistas que rompen la equivalencia de las prestaciones objeto del contrato. Este Consejo considera que en el caso sometido a dictamen no concurren los presupuestos para la aplicación de dicha figura jurídica.

Con todo, el artículo 101.1 de dicho Texto Refundido 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 indicamos en nuestros dictámenes 114/2009, 11/2008, *«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.

Por otra parte, también ha de tenerse en cuenta la evidente dificultad que, en numerosas ocasiones, supone delimitar lo que en realidad queda dentro del concepto legal de lo *“imprevisto”* o de la *“novedad”* a la hora de valorar la justificación de la necesidad de la variación en el contrato. Esta dificultad es especialmente patente cuando el Órgano Consultivo ha de

dictaminar, porque su criterio tiene que basarse en el de los facultativos que han informado en el procedimiento de modificación, y estos informes, de naturaleza eminentemente técnica, han de ser interpretados en clave jurídica, lo que implica el análisis y valoración de sus contenidos técnicos y de su trascendencia jurídica.

Como ha señalado el Consejo de Estado -entre otros en su Dictamen 3357/2003, de 11 de diciembre- tanto la concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas como del interés público deberán estar justificadas en el expediente. Como hemos señalado en el fundamento anterior, la justificación aducida por el Ayuntamiento es la necesidad de ampliar la oferta educativa concertada a los vecinos en tanto que la actual situación de crisis económica ha generado un aumento de las plazas objeto de concierto en el ciclo de educación infantil.

La modificación propuesta surge como consecuencia de una necesidad nueva, el aumento de la demanda de plazas educativas en régimen de concierto a raíz de la situación de crisis económica. Pero dicha necesidad no está suficientemente probada, tan sólo se ha alegado por las partes contratantes sin acreditar, en modo alguno, esa mayor demanda de plazas educativas concertadas para el ciclo de educación infantil ni el porqué de la reducción del canon en más de un 50%. Tan sólo consta una petición del contratista y el acuerdo suscrito entre las partes el 16 de abril de 2010, en cuya parte expositiva, recoge consideraciones genéricas sobre la justificación de la tramitación del expediente.

Por ello, ante la falta de justificación adecuada de la necesidad nueva que por razones de interés público justifica la necesidad de modificar el contrato suscrito el 14 de noviembre de 2005 no puede informarse favorablemente la modificación propuesta. Y ello en tanto que la falta de acreditación de los requisitos y presupuesto que legitiman la potestad de modificar los contratos puede dar lugar a prácticas fraudulentas. Por ello,

se configura como elemento imprescindible que se justifique adecuadamente como la asunción de la enseñanza infantil en régimen de concierto supone una reducción tan importante de los ingresos del centro escolar que impliquen una merma del canon en más de un 50%.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Procede informar desfavorablemente la modificación del contrato de constitución de derecho de superficie para la construcción de un colegio concertado que se acordó por el Pleno de la Corporación Local el 26 de abril de 2010 por no haberse justificado adecuadamente las necesidades nuevas concurrentes y su impacto económico.

**SEGUNDA.-** Procedería admitir la modificación del contrato siempre que se justifique adecuadamente las necesidades nuevas y que se someta a informe del presente Consejo con anterioridad a la aprobación de la modificación.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 21 de julio de 2010