

Dictamen n.º: **321/10**
Consulta: **Alcalde de TorreloDONEs**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.10.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por siete votos a favor y el voto en contra del Consejero, Sr. Galera, que formula un voto particular al mismo, en su sesión de 6 de octubre de 2010, sobre consulta formulada por el Alcalde de TorreloDONEs, 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 TorreloDONEs.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 28 de septiembre de 2005 el Pleno del Ayuntamiento de TorreloDONEs adjudicó la constitución de un derecho de superficie sobre la parcela sita en la finca “*Monte de los Ángeles*” de TorreloDONEs, 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 Colegio 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 Torreloz 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 por cuanto considera que no se ha respetado el límite legal del 6% del valor en venta del bien. 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 Torrelodones 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 Torrelodones, 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.

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 Colegio 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”.

En fecha 8 de junio de 2010 el Alcalde de Torreldones solicitó la emisión de dictamen sobre la modificación del contrato. El Consejo Consultivo mediante dictamen de 21 de julio de 2010 concluyó informando desfavorablemente la modificación del contrato acordada por el Pleno de la corporación local el 26 de abril de 2010, las conclusiones del precitado Dictamen fueron las siguientes:

“1º) 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.

2º) 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”.

El 6 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro del presente Consejo escrito del Secretario del Ayuntamiento de Torreldones, en el que se solicitaba la aclaración al Dictamen 226/2010, emitido el pasado 21 de julio de 2010. En particular, manifestaba:

“El Dictamen concluye manifestando que “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”.

Rogamos nos aclaren si el informe a que hacen referencia, debe solicitarlo el Pleno del Ayuntamiento que fue quién adoptó el acuerdo de modificación del contrato y de solicitud de informe del Consejo Consultivo, o puede solicitarlo directamente el Sr. Alcalde, a fin de que podamos continuar con la tramitación de este expediente”.

Mediante escrito del Secretario del Consejo Consultivo de fecha 8 de septiembre de 2010, se contestó lo siguiente:

“1.- Según se infiere del texto del escrito remitido, el referido Ayuntamiento está tramitando un nuevo procedimiento de modificación contractual. Pues bien, en el seno de dicho nuevo procedimiento es necesario que se solicite dictamen al presente Consejo, una vez haya concluido su tramitación pero con anterioridad a la aprobación de la modificación por el Pleno de la corporación local.

Tras la emisión del Dictamen, por parte del Consejo Consultivo, no resultan admisibles informes ulteriores 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”

2.-La petición de dictamen se efectúan por los Presidentes de las corporaciones locales y se cursan a través del Consejero de Presidencia, Justicia e interior, en virtud de lo dispuesto en el 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.

Por lo que la petición de Dictamen sobre la modificación del contrato se debe realizar por el Alcalde del Ayuntamiento, sin perjuicio de que la modificación del contrato de constitución de un derecho de superficie debe ser acordada por el Pleno de la Corporación”.

El 21 de septiembre de 2010 ha tenido entrada solicitud de dictamen sobre la modificación del contrato adjuntando un informe de la Concejal de Educación del Ayuntamiento de 19 de agosto de 2010 sobre la necesidad de la modificación propuesta.

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 21 de septiembre de 2010, por trámite de urgencia, 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 siete votos a favor y el voto en contra del Consejero, Sr. Galera, que formula el

voto particular incorporado al final del presente dictamen, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de octubre 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 n° 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 n° 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 de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

SEGUNDA.- Como ya pusimos de manifiesto en el Dictamen 226/2010, de 21 de julio, el contrato cuya modificación se pretende 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 en el referido Dictamen se calificó 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 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.

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 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 el dictamen emitido el pasado 21 de julio se concluía que el expediente de modificación contractual tramitado adolecía de graves

irregularidades, fundamentalmente el haber solicitado la emisión de dictamen con posterioridad a la adopción del acuerdo del Pleno de la Corporación y el no haber justificado, en modo alguno, la concurrencia de causa de imprevistas o necesidades nuevas en los términos exigidos por el artículo 101.1 del TRLCAP, a cuyo tenor:

“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”.

El Ayuntamiento de Torreldones, tras la emisión del dictamen no ha tramitado un nuevo expediente de modificación de contrato, actuación que hubiera sido la más correcta jurídicamente, tal y como se puso de manifiesto en el informe aclaratorio emitido el 8 de septiembre.

Por el contrario, que se ha limitado a elaborar un informe justificativo de la necesidad de la modificación del contrato y su remisión al presente Consejo, para la emisión de ulterior dictamen.

Si bien el Ayuntamiento con su proceder se ha apartado de la propuesta del Dictamen 226/2010, dado el carácter no vinculante del mismo, procedemos a pronunciarnos sobre la misma. A nuestro entender, el ayuntamiento ha considerado que la emisión del informe subsanaba las deficiencias advertidas en nuestro anterior dictamen, por lo que debe enmarcarse dentro del procedimiento que ya fue dictaminado.

Por ello, nos remitimos a las fundamentaciones efectuadas en el Dictamen de 21 de julio de 2010 sobre el irregular proceder de la Administración al solicitar la emisión de dictamen con posterioridad a la adopción del acuerdo de modificación del contrato. Como señalábamos entonces, 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 en Sentencia de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1268), 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 ex artículo 67.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por último, manifestar que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 26 de abril de 2010 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 ulteriores 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”*.

La falta de audiencia al contratista del informe elaborado por la Concejal de Educación de 19 de agosto de 2010 no ha sido notificado al contratista. Dicha irregularidad no afecta a la validez del procedimiento por no introducir el informe elementos nuevos que puedan ocasionar indefensión al contratista.

CUARTA.- 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...”.

Dispone el artículo 101.1 del TRLCAP 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.

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. En prueba de dicha necesidad se ha elaborado un informe, fechado el 19 de agosto de 2010, por la Concejal de Educación del Municipio que describe la situación de la demanda de plazas escolares infantiles, en los siguientes términos:

	2009-2010	2010-2011	Incremento
Colegio	Solicitudes	Solicitudes	
Públicos	137	160	14,3%
Concertado	81	174	114,4%
TOTAL	218	334	53,2%

La explicación que se aduce es la siguiente:

“Estas cifras, que de por sí suponen un incremento espectacular, no incluyen (por razones explicadas más adelante) el número de alumnos ya escolarizados en este ciclo en el Colegio A, hasta la fecha en régimen de

enseñanza privada, un total de 253 escolares distribuidos de la siguiente forma:

COLEGIO A	NIÑOS ACTUALMENTE ESCOLARIZADOS
1° Infantil	69
2° Infantil	91
3° Infantil	93
TOTAL	253

Estas cifras son elocuentes sobre lo que está ocurriendo. Obviamente, el incremento del 53% en la demanda de plazas infantiles (aún sin incluir los datos relativos al Colegio A), responde a una razón distinta al mero cambio demográfico. Lo que ha ocurrido es que, como consecuencia de la crisis económica y el consiguiente aumento del desempleo o el temor a engrosar sus filas, muchas familias del municipio están transfiriendo a sus niños, actualmente escolarizados en colegios privados infantiles dentro y fuera de la localidad, a los públicos y concertados radicados en ella (en el caso de Torreloz, con desigual aumento de la demanda en ambos casos: 14,3% de incremento en la demanda de plazas públicas y 114,4% de incremento en la demanda de plazas concertadas, sin la demanda procedente de los alumnos actualmente escolarizados en régimen privado en el Colegio A).

Con esfuerzo, los colegios públicos o actualmente concertados para este ciclo en el municipio podrían asimilar ese incremento del 53% elevando ratios. Pero de ningún modo pueden hacer frente a los muchos alumnos actualmente escolarizados en régimen de enseñanza privada en el Colegio A, y cuyos padres, en número generalizado, insisten en que ese ciclo de enseñanza infantil sea transformado en concertado, porque la situación económica no les permite seguir afrontando el gasto en el que actualmente incurren.

Dando por seguro que la Consejería de Educación concedería el concierto al Colegio A (como así ha sido) y que el Ayuntamiento llegaría a un acuerdo con el Colegio para aportar la diferencia en la caída de ingresos (asunto en el que estamos), estas familias han aceptado no solicitar plaza para el curso 2010-2011, en la confianza de que no sería necesario, simplemente seguirían escolarizados en el Colegio A, pero no en régimen privado, sino concertado. La propia Consejería de Educación, considerando que ya están, de facto, escolarizados y que la única novedad con respecto a esas plazas sería el mero cambio de “privado” a “concertado”, también entendió innecesario cursar la solicitud de plaza. En el mismo momento en que lo hagan, la capacidad de escolarización pública y concertada en el municipio será completamente desbordada, y muy grave el conflicto social planteado. Lo que el acuerdo persigue es, justamente, que eso no ocurra ahora mismo”.

Resulta sorprendente que no se cuantifique el número de padres que solicitaron el cambio de educación privada a concertada y se haga referencia a que “*de manera generalizada insisten en que se transforme la enseñanza ya que por la crisis no pueden afrontar el gasto en el que incurrir actualmente*”, sin que se aporten datos concretos como se hace para el resto de la demanda educativa.

Continúa señalando el informe:

“El Ayuntamiento sólo dispone de dos alternativas:

(a) Financiar una escuela infantil municipal para acoger al menos una parte de ese 53% de aumento en la demanda señalado así como la totalidad de quienes se transfieran desde su actual escolarización en el régimen de enseñanza privada del Colegio A.

(b) Llegar a un acuerdo con la propiedad del Colegio A para convertir el ciclo de enseñanza infantil en concertado, de modo que se

mantengan en él los 253 alumnos que ahora escolariza y, posiblemente, acogiendo a algunos más.

La primera opción es inabordable para el Ayuntamiento. Además de incurrir en el coste de una parcela y de la construcción y equipamiento de un nuevo edificio, debería estar capacitado para afrontar el gasto corriente anual que conlleva el sostenimiento de un nuevo colegio infantil municipal. La actual escuela infantil municipal, por ejemplo, supone un gasto corriente cercano a 1 millón de euros. No hay la más mínima posibilidad de que el Ayuntamiento pueda hoy, ni tampoco en el futuro previsible, financiar ese gasto corriente adicional.

La alternativa es, pues, llegar a un acuerdo con el Colegio A para transformar el ciclo privado de educación infantil en concertado, tal como demandan las familias y el buen juicio económico aconseja. En ese sentido, el acuerdo supone la cobertura de una necesidad social de primer orden en el municipio”.

Una vez argumentada la concurrencia de una nueva necesidad, continúa el informe explicando el método seguido para el cálculo del nuevo canon que se acuerda en la modificación y que supone una reducción del mismo del 56%:

“La idea en la que ha estado basada la negociación es sencilla: Al pasar de enseñanza privada a concertada, la enseñanza se convierte en gratuita, de modo que los ingresos del Colegio disminuyen con el cambio. Esa reducción de ingresos ha de ser compensada por la Comunidad de Madrid, a través del régimen de concierto, y por el Ayuntamiento, en este caso mediante una reducción en el canon pagado por el Colegio.

Así pues, el principio que inspira el acuerdo es lógico y sencillo; pero el cálculo preciso de la contribución económica del Ayuntamiento es extremadamente complejo. Como el acuerdo debe cubrir el ciclo completo de

la concesión, los cálculos requieren ser homogeneizados a valor actual de la corriente de contribuciones e ingresos futuros. El acuerdo se vuelve difícil, entre otras razones, porque la tasa de descuento aplicable a la actualización de valores futuros encierra un componente subjetivo, y cada una de las partes implicadas en la negociación encuentra argumentos para utilizar la que más le convenga.

No es un problema de las matemáticas, sino del hecho inevitable de que, por un lado, afrontamos la valoración de intangibles económicos; y por otro, que el futuro es siempre incierto. ¿Qué valor le asigna el Colegio al hecho de que, al aceptar el concierto, pierde el poder de fijar el precio de la enseñanza, por ejemplo? ¿Y quién le asegura que, una vez perdida esa facultad, la proporción que hoy representan en sus ingresos los módulos del concierto no experimentará un cambio a la baja (como, de hecho, acaba de ocurrir, con posterioridad a la firma del acuerdo de voluntades, como resultado de las medidas de austeridad económica recientemente introducidas por la Asamblea de Madrid)? ¿Y qué prima de riesgo debemos asociar a esa posibilidad en los cálculos?

Ese es el tipo de consideraciones que surgen en una negociación como esta, y que hacen extremadamente difícil llegar a un acuerdo, porque se trata de algo mucho más complicado que un cálculo para el año en curso basado en los ingresos de años anteriores”.

Por último, el Ayuntamiento manifiesta que ha fundamentado la negociación en los cálculos económicos realizados por el Servicio de Intervención, que tras analizar los balances y cuentas anuales de la sociedad propietaria del Colegio, informó sobre ello el 9 de junio de 2010. A tal efecto, se adjunta una tabla de cálculo elaborada por la Intervención del Ayuntamiento que calcula la diferencia de ingresos por el paso de régimen de colegio privado a concertado en 243.243 euros.

“Se ha remitido aclaración sobre los ingresos por escolaridad resultando como sigue:

<i>-Ingreso alumno/año</i>	<i>4.870€</i>
<i>-Grupo 25 alumnos</i>	<i>121.750€</i>
<i>TOTAL ANUAL</i>	<i>1.095.750€</i>
<i>-Ingreso por concierto/año</i>	<i>53.723€</i>
<i>-Total anual</i>	<i>483.507€</i>
<i>-Ingreso actividades complementarias</i>	<i>369.000€</i>
<i>TOTAL ANUAL</i>	<i>852.507€</i>
<i>-Diferencia global (9 grupos):</i>	<i>243.243€</i>

No se incluyen los ingresos por comedor ni de actividades extraescolares. Se ha supuesto un máximo de ocupación por grupo

En todo caso sería conveniente la revisión por parte de la Consejería de Educación, según reunión mantenida al respecto”.

Continúa el informe disponiendo que “los citados cálculos fueron estimados de nuevo por el Servicio de Intervención esta vez dirigidos por una interventora distinta, que sustituía a la anterior titular del, Servicio, con igual resultado. Así consta en el Informe n.ºbbb, de 24 de Febrero de 2010. Estos cálculos económicos han servido, pues, como base del acuerdo sobre la reducción del canon, que finalmente, y para ajustar por la ligera variación experimentada en precios y volumen de escolarización, y a fin de superar la natural discrepancia entre las partes con relación a los intangibles económicos indicados más arriba, se estableció en la cuantía de 263.649€ propuesta al Pleno, y considerando el criterio de los informes emitidos por los servicios de Secretaría e Intervención municipales, según el cual la reducción debe respetar el límite del 6% del valor del bien inmueble”.

En todo caso, tal y como pone de manifiesto el Secretario del Ayuntamiento debe respetarse en la reducción del canon el límite del 6% del valor en venta del inmueble como dispone el artículo 92.2 del real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. En el expediente de contratación se valora la parcela sobre la que se ha constituido el derecho de superficie en 4.394.155 euros, y el 6% supone 263.649,3 euros. La propuesta de modificación del canon no respeta ese límite pues existe una diferencia de 30 céntimos.

En suma, el informe justifica suficientemente la nueva necesidad concurrente, si bien hubiera sido deseable una mayor concreción en la demanda educativa del Colegio A en particular, así como el cálculo económico para la reducción del canon. Por ello, procede informar favorablemente la modificación propuesta siempre que se respete el límite legal del 6% del valor del bien y se de cuenta al Pleno de la Corporación, como órgano encargado de aprobar la modificación del contrato.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede informar favorablemente la modificación propuesta por el Excmo. Ayuntamiento de Torreldones del contrato formalizado el 14 de noviembre de 2005 entre dicha corporación y la entidad Colegio A, cuyo objeto es la constitución de un derecho de superficie sobre un predio de titularidad municipal con la finalidad de construir un colegio concertado.

SEGUNDA.- Debe respetarse el límite del 6% del valor del inmueble, por lo que el canon no debe ser inferior a 263.649,3 euros, de conformidad

con lo manifestado en la consideración de derecho cuarta del presente Dictamen.

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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO D. JESÚS GALERA SANZ AL PRESENTE DICTAMEN.

«Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, y desde el gran respeto y consideración que siempre me merecen mis compañeros que han votado a favor, formulo este Voto particular para manifestar mis discrepancias con el dictamen nº 321/10.

El Voto particular viene motivado porque disiento, dicho sea en términos estrictamente jurídicos, con la conclusión de dicho dictamen por el que procede informar favorablemente la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Torreldones del contrato formalizado el 14 de noviembre de 2005 entre dicha Corporación y la sociedad Colegio A.

Estoy de acuerdo con la consideración jurídica tercera que comienza recordando que “[e]n el dictamen emitido el pasado 21 de julio se concluía que el expediente de modificación contractual tramitado adolecía de graves irregularidades, fundamentalmente el haber solicitado la emisión de dictamen con posterioridad a la adopción del acuerdo del Pleno de la

Corporación y el no haber justificado, en modo alguno, la concurrencia de causas imprevistas o necesidades nuevas en los términos exigidos por el artículo 101.1 del TRLCAP”. De ahí que en ese Dictamen 226/10 este Órgano Consultivo, unánimemente, concluyó que “[p]rocede 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 por no haberse justificado adecuadamente las necesidades nuevas concurrentes y su impacto económico”. También estoy totalmente de acuerdo con el segundo párrafo de la consideración jurídica tercera de este Dictamen cuando afirma que “[e]l Ayuntamiento de Torreldones, tras la emisión del dictamen no ha tramitado un nuevo expediente de modificación de contrato, actuación que hubiera sido la más correcta jurídicamente, tal como se puso de manifiesto en el informe aclaratorio emitido el 8 de septiembre”, informe que ha sido transcrito íntegramente en el antecedente de hecho primero de este Dictamen.

Sin embargo, no puedo estar de acuerdo, dicho sea en términos jurídicos, en que, tras afirmar el Dictamen en esta misma consideración en derecho que “[s]i bien el Ayuntamiento con su proceder se ha apartado de la propuesta del Dictamen 226/2010, dado el carácter no vinculante del mismo, procederemos a pronunciarnos sobre la misma. A nuestro entender, el Ayuntamiento ha considerado que la emisión del informe subsanaba las deficiencias advertidas en nuestro anterior dictamen, por lo que debe enmarcarse dentro del procedimiento que ya fue informado” y después de afirmar más adelante que “[t]ras la emisión del dictamen por parte del Consejo Consultivo no resultan admisibles informes ulteriores 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...”, el Consejo Consultivo haya procedido a dictaminar nuevamente sobre el mismo expediente ya dictaminado el 21 de julio de

2010 (Dictamen 226/10), en base al informe elaborado por la Concejal de Educación de 19 de agosto de 2010, emitido después de nuestro Dictamen de 21 de julio de 2010. En mi opinión, aún invocando correctamente, como se hace en este Dictamen, el artículo 3.4 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, creo que no se ha aplicado adecuadamente esta norma invocada pues, pese a ella, se ha admitido el nuevo informe y, en base a él, se ha emitido un nuevo dictamen, informando favorablemente la modificación contractual propuesta. A mi juicio, este Consejo Consultivo debería haber tomado un Acuerdo de devolución del expediente, pues ya fue dictaminado el 21 de julio de 2010 (Dictamen 226/10) y acordar la inadmisión, en el seno del mismo expediente de modificación, del citado informe de la Concejal de Urbanismo fechado el 19 de agosto de 2010, en aplicación literal (artículo 3.1 CC) del citado artículo 3.4 de la Ley 6/2007, reguladora de este Órgano Consultivo.

En mi opinión, tampoco debería haberse dictaminado nuevamente debido a que en la conclusión segunda del Dictamen 226/10, unánimemente, nos pronunciamos afirmando que “[p]rocedería 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.” Pues bien, el Ayuntamiento, sin tramitar un nuevo expediente, como debería haber hecho subsanando las graves irregularidades formales que expusimos en la consideración jurídica tercera de nuestro Dictamen de 21 de julio de 2010, ha solicitado nuevamente dictamen sobre el mismo expediente de modificación del contrato, modificación que no solo fue aprobada, antes de la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, por el Pleno del Ayuntamiento celebrado el 26 de abril de 2010, sino que además, también antes de la celebración del Pleno, y con fecha 16 de abril de 2010, el Ayuntamiento suscribió con la contratista el “*Contrato por el que se modifica el contrato de adjudicación del derecho de superficie suscrito el 14*

de noviembre de 2005 entre el Ayuntamiento de Torreldones y Colegio A”, (folios 666 a 670 del expediente) aunque en su cláusula cuarta, última del contrato, bajo la rúbrica de Eficacia, se afirme que “[e]l presente Contrato surtirá efectos en la fecha 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. B) Que el presente Contrato sea ratificado por el Pleno del Ayuntamiento de Torreldones”. Estas irregularidades formales no han sido subsanadas por el Ayuntamiento de Torreldones, pues exclusivamente lo que ha hecho este Ayuntamiento ha sido volver a solicitar dictamen a este Órgano Consultivo sobre el mismo expediente que no solo ya está dictaminado sino que adolece de errores formales que pueden viciar de anulabilidad el procedimiento.

Por los argumentos expuestos, con el máximo respeto a mis compañeros que han votado favorablemente, considero que el Consejo Consultivo no debería haber emitido un nuevo dictamen sobre este expediente de modificación contractual. Madrid a 15 de octubre de 2010».

Madrid, 6 de octubre de 2010