

Se ha recibido en esta Asesoría Jurídica, con fecha 24 de Abril de 2007, petición de informe relativa a la **modificación del contrato para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta (730/2005/00188).**

A la citada petición se acompaña la siguiente documentación:

- Propuesta de Resolución de fecha 24 de Abril de 2007 a la que antecede informe propuesta de la Subdirección General de Contratación y Asuntos Generales del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras.
- Memoria Técnica Justificativa de la modificación del contrato, de fecha 1 de Marzo de 2007 suscrita por el Jefe del Departamento de Construcción de Infraestructura Singulares, con el conforme del Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares.
- Memoria Económica Justificativa de la modificación del contrato, de fecha 7 de Marzo de 2007 suscrita por el Jefe del Departamento de Construcción de Infraestructuras Singulares, con el conforme del Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares.
- Documento acreditativo del trámite de audiencia de fecha 23 de Abril de 2007 a la Sociedad Madrid Calle 30, donde consta la conformidad del contratista.
- Acuerdo de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento de fecha 26 de Marzo de 2007.

A la propuesta de acuerdo le resultan de aplicación las siguientes:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- I -

El artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) formula las prerrogativas de que goza la Administración contratante en los contratos de naturaleza administrativa, cuidando de precisar que estas prerrogativas se han de ejercer dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos que esta misma Ley señala.

Para que se altere el contenido contractual pactado es preciso que la Administración cuente con una habilitación especial, o, en otras palabras, que el interés público demande la modificación. Pero no es suficiente con que existan razones de interés público, sino que es preciso que estas razones obedezcan a necesidades nuevas o causas imprevistas en el momento inicial de la contratación, en tal sentido 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".

Como ha señalado la doctrina, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*). En este sentido, la **STS de 21 de enero de 1992 llega a afirmar la existencia del principio de "mutabilidad del contrato administrativo"**, en los términos siguientes:

"El contrato, como concepto comporta que haya equilibrio en las prestaciones de los contratantes. El contrato administrativo, por lo general, es un contrato oneroso: la aleatoriedad que, por ejemplo, pueda representar el hecho de contratar a un precio alzado, más que un elemento esencial que pueda ser determinante de riesgo, es un dato que puede generar un beneficio o un perjuicio, según que el contrato haya acertado o no en el cálculo previo del precio. Por lo tanto, en principio, los contratos administrativos deben ser cumplidos a tenor de su propio contenido (art.3º del Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por D 923/1965 de 8 abril, modificado por Ley 5/1973, de 17 de marzo, y art. 4º del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por D 3410/1975, de 25 noviembre). Sin embargo, la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: **de ahí que el principio fundamental contractus lex inter partes venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de la mutabilidad del contrato administrativo, que aparece explicitado en los arts. 18,50,74 y 93 de la Ley de Contratos del Estado y concordantes de su Reglamento.**



Dentro del ámbito del principio de mutabilidad del contrato por acción unilateral de la Administración); de un áleas empresarial (riesgos del negocio, en los que late, en buena medida, la conducta equivocada del constructor); y de un áleas económico (debido a circunstancias externas de difícil previsión que, de producirse, pueden hacer mucho más oneroso para el contratista el cumplimiento del contrato)".

Por lo demás, el ejercicio de la prerrogativa del ius variando ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento de equilibrio del contrato.

En concreto para el contrato de gestión de servicio público, en cualquiera de sus modalidades (en el caso que nos ocupa sociedad de economía mixta) la Ley tras prever que *"la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios"* (artículo 163.1º) , añade que: *"Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato"*. (artículo 163.2).

- II -

Como ya hemos señalado, el art. 101 TRLCAP limita el ejercicio del ius variandi a los supuestos motivados "por razón de interés público", siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas. Por tanto, en principio, serían precisos dos requisitos para que una modificación del contrato administrativo sea ajustada a Derecho: en primer lugar, la existencia de necesidades nuevas o causas imprevistas y, en segundo lugar, que el ejercicio del ius variandi se justifique en razones de interés público.

No obstante, con carácter general el Tribunal Supremo no sólo ha admitido la modificación del contrato por circunstancias sobrevenidas ("necesidades nuevas" o "causas imprevistas"), sino que ha llegado a afirmar **que a la hora de optar entre el mantenimiento del contrato y su resolución ha de primar la consecución del interés público, que conlleva la pervivencia del contrato. En este sentido, la STS de 1 de febrero de 2000 afirma que:**

"La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -ius variandi-, cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no

pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias.

En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado. El Alto Órgano Consultivo en sus dictámenes, algunos de ellos citados por el codemandado, **pone de relieve que en la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse al interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las consecuencias perniciosas – costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc – que la Resolución conlleva.**

La jurisprudencia de esta Sala en Sentencias reiteradas (**SS TS de 17 de noviembre de 1978, 2 de julio de 1979, 9 de abril de 1985, 13 de julio de 1992, 29 de junio de 1995 y 12 de julio de 1995**) ha reconocido el **ius variandi**. Se dice en ellas que **constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas, que el interés general es el que debe prevalecer en todo caso, que la prevalencia del fin sobre el objeto...es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin**".

En el mismo sentido, la **STS de 4 de mayo de 2005**, insiste en que uno de los **principios fundamentales del régimen concesional es el de la continuidad del servicio, y admite que la Administración tiene un margen nada desdeñable de libertad para determinar la concurrencia de una razón de interés público**. Así, según el FJ 3º de dicha sentencia, relativa a un contrato de gestión del servicio de limpieza viaria:

"En efecto, además de que la propia realidad, del cambio en la normativa, ya se puede entender que justificaba la modificación del contrato, al menos de forma genérica, para dar cumplimiento a las nuevas exigencias de esa normativa, como refieren las partes recurrida, así la Ley 10/97 de 22 de agosto sobre Residuos Sólidos Urbanos de Galicia, y la Ley 7/97 de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica, de Galicia, no conviene olvidar que en el expediente, folios 68, y 115 a 122 se exponen los objetivos de la propuesta, ampliar el alcance de los servicios actuales, dar soluciones a problemas concretos, mecanizar los servicios, modernizar y razones económico



financieras, y ellas por sí solas justifican la modificación del contrato en vigor, sin que se advierta la necesidad de celebrar otro nuevo contrato, como para algunos supuestos refiere la parte recurrida, ya que, aparte de que en los años 1992, 1993 y 1994 se habían producido ampliaciones de la concesión primitiva, aprobada en 1990, cuando menos en principio, parece más conveniente, que sea la propia empresa que lo venía prestando, la que haga frente a las reformas que en el servicio, que ya prestaba, **se han ido produciendo, las que se han hecho necesarias por las reformas legales y las que sean concordantes con ellas y hayan surgido a lo largo del tiempo de vigencia del contrato, sin olvidar que las razones de oportunidad corresponde valorarlas al Ayuntamiento, teniendo en cuenta además que la concesión, según doctrina de esta Sala, sentencia de 2 de diciembre de 1988, está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad de la prestación del servicio”.**

- III -

Ya hemos destacado como la prerrogativa del ius variandi ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato. Como afirma el **STS de 24 de diciembre de 1997**, el contratista asume la obligación de ejecutar la obra conforma al precio pactado, aceptando el riesgo de que a lo largo del contrato su ejecución resulte más gravosa por cualesquiera circunstancias que no sean debidas a fuerza mayor, **pero ese riesgo no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración del ius variandi, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas.**

O, como señala la **STS de 12 de junio de 1995**, “es claro que si la Administración haciendo uso de su ius variandi determina la incorporación de nueva maquinaria y medios materiales para mejorar o ampliar el servicio público (...) no podemos extraer otra conclusión que la de que la propia voluntad de la Administración provocando la adquisición de nuevos medios materiales con el consiguiente aumento en el costo de la inversión en los mismos, ha de tener su obligado reflejo en el consiguiente aumento del factor de amortización en la fórmula polinómica primitivamente contemplada, **para así hacer efectivo de modo real y verdadero y el equilibrio patrimonial**

propugnado en la Ley de contratos del Estado, no menos que el imperio de la buena fe y justicia conmutativa”.

En cuanto a la fórmula para compensar al contratista de modo que no resulte perjudicado por el ejercicio del ius variandi, el **Consejo de Estado** en su **Dictamen de 4 de febrero de 1999**, expediente 4709/98, afirmó que corresponde a la Administración acordar la fórmula más adecuada y conforme con sus intereses para compensar al contratista; debiendo atenderse en todo caso tal y como señala la **STS de 23 de diciembre de 1988**, a las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones:

“El mantenimiento del equilibrio financiero de las concesiones administrativas ha sido abordado por este Tribunal en múltiples SSTS, que lo han fundado en algunas ocasiones en el principio del enriquecimiento sin causa, o acudiendo a la figura de la cláusula “rebus sic stantibus”, o en las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones que constituyen las del contrato y son de aplicación preferente, si no son contrarios a la ley, a la moral o al orden público, y plenamente vinculante para las partes”

- IV -

En los términos hasta aquí expuestos, consta en el expediente y así se incorpora a la propuesta de Resolución de modificación del contrato para la Gestión del Servicio Público de Reforma, Conservación y Explotación de la vía urbana M-30, mediante Sociedad de Economía Mixta, Memoria Técnica de fecha 1 de marzo de 2007, suscrita por el Jefe del Departamento de Construcción de Infraestructuras Singulares, con el conforme del Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares y Memoria Económica de fecha 7 de marzo de 2007, suscrita por el Jefe del Departamento de Construcción de Infraestructuras Singulares, con el conforme del Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares, donde cumplidamente se explicitan las necesidades nuevas y causas imprevistas que en aras del interés público justifican la modificación propuesta, cuantificando económicamente las consecuencias de tales modificaciones a fin de restablecer el equilibrio económico del contrato en un 18,61% del precio del contrato resultante de la licitación.



madrid

993.

Asesoría Jurídica

Constando, asimismo, cumplimentado el trámite de audiencia a que se refiere el artículo 59.1 del TRLCAP, y la previsión del reajuste de la garantía en los términos de los artículos 41 y 42 del TRLCAP y Cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Por todo lo expuesto y en virtud de lo preceptuado en los artículos 59, 101 y 163 del TRLCAP, así como en las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato para la Gestión del Servicio Público de Reforma, Conservación y Explotación de la Vía Urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta, (Cláusula 41 en relación con las cláusulas 31.2, 37.2, 38.3 y 42.2) **se informa favorablemente** la Propuesta de Resolución remitida a esta Asesoría Jurídica.

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, y el artículo 57.1.c) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, en el plazo conferido al efecto por el artículo 57.3 del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid.

Madrid, 25 de Abril de 2007

LA DIRECTORA ADJUNTA
DE LOS SERVICIOS JURIDICOS



Fdo.: M^a Jesús de Vega Ferreras

**SECRETARIA GENERAL TÉCNICA DEL ÁREA DE GOBIERNO DE
URBANISMO, VIVIENDA E INFRAESTRUCTURAS**



madrid

**ÁREA DE GOBIERNO DE URBANISMO,
VIVIENDA E INFRAESTRUCTURAS
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA**

Madrid a 25 de abril de 2007

**INTERVENCIÓN DELEGADA DE LA JUNTA DE GOBIERNO
CALLE BARQUILLO, 17**

Asunto.- Modificación del contrato para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta. (730/2005/00188)

Por la presente, se remite original del expediente administrativo de referencia, a fin de que se emita el informe preceptivo regulado en el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 2/2204, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

LA SECRETARIA GENERAL TÉCNICA


Fdo. Paula Mato García-Augustín



madrid
ÁREA DE GOBIERNO DE HACIENDA
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dirección General de Presupuestos
Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales

Madrid, 25 de abril de 2007

Asunto: Modificación del contrato para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta.

Se recibe en este Servicio, en el día de hoy, documentación del expediente 730/2005/00188 (nº propuesta: 0800002414) sobre el asunto de referencia para su informe de carácter presupuestario, según se establece en los artículos 25 y 27 de las Bases de Ejecución del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para el año 2007.

Se propone la modificación del contrato **ampliando su importe en 1.632.642.000 euros**, 49.474.000 euros anuales, desde 2008.

Atendiendo al importe de adjudicación de 8.775.174.694,34 euros, dicha modificación supone un incremento del **18,61%** sobre el importe adjudicado.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de julio de 2005 se adjudicó el contrato para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta, por importe de 8.775.174.694,34 euros y un plazo de duración de 35 años, a la agrupación de empresarios formada por Ferrovial Servicios, S.A., Dragados, S.A. y API Conservación, S.A.

Resolución de fecha 31 de marzo de 2006 del Director General de Presupuestos por la que se aprueba el coeficiente de actualización de precios (Kt) para el año 2006, con un valor de 1,037 del contrato de referencia.

Resolución de fecha 6 de febrero de 2007 del Director General de Presupuestos por la que se aprueba el coeficiente de actualización de precios (Kt) para el año 2007, con un valor de 1,027 del contrato de referencia.

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO.

De acuerdo con la documentación recibida pueden agruparse en dos apartados:

- Modificación en el importe de la inversión. En cuanto a la ejecución de las obras, el conjunto de modificaciones y actuaciones complementarias, suponen una inversión cuyo importe final alcanza los 3.180,6 millones de euros, en lugar de los 2.849,6 millones de euros.
- Modificaciones en los gastos de prestación del servicio por variación en los costes de explotación.

Según figura en la Memoria Económica de 7 de marzo de 2007, atendiendo al Anexo XIII del pliego de cláusulas administrativas particulares relativo al Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero del contrato, el importe de las modificaciones se ha incluido en los apartados correspondientes del modelo MC30 BASE 150207, a efectos de determinar su importe. (En dicha memoria se citan otros aspectos o parámetros relevantes que se han ajustado al modelo citado).

En la documentación recibida se aporta certificado del acuerdo de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento de la Gestión Integral de la M30, en su reunión celebrada el día 26 de marzo de 2007, estableciendo el importe final de la modificación en 1.632.642.000 euros (IVA incluido al 16%), con anualidades de 49.474.000 en euros constantes de 2005.

INCIDENCIA PRESUPUESTARIA

El gasto se imputa a la partida 001/080/511.03/227.27 "Trabajos y Servicios Madrid Calle 30", del programa "Vías Públicas" del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Servicios a la Ciudad, correspondiendo 49.474.000 euros a cada uno de los ejercicios 2008 a 2.040.

El importe anual de la modificación supone un incremento del 5,47% respecto a la dotación inicial del capítulo 2 del Área de Gobierno de Medio ambiente y Servicios a la Ciudad para 2007 (903.725.644 €). El citado importe junto con el aumento inicial del contrato a precios origen para las anualidades 2008 respecto a 2007 [257.868.000€ (2008) – 205.001.000 € (2007) = 39.967.312 €] hace que el incremento alcance el 9,90 % respecto a la mencionada dotación.

INFORME SEGÚN ARTÍCULO 27.1.G) DE LAS BASES DE EJECUCIÓN DE 2007

Procede emitir el informe que se recoge en el artículo 27.1.g) de las Bases de Ejecución del Presupuesto Municipal para 2007.

Corresponde al Director General de Presupuestos la emisión del informe de contenido presupuestario al que se refiere el artículo 101.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, habiéndose recogido esta competencia en el artículo 27.1.g) de las Bases de Ejecución del Presupuesto del Ayuntamiento para el año 2007.

Según la documentación recibida, la modificación propuesta supone una alteración superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Deberán incluirse en el expediente de modificación los documentos que procedan de los que se relacionan en los apartados a), b) y c) del artículo 101.3 del TRLCAP.

INFORME AL RESPECTO

Siendo ambos informes solicitados, según los artículos 25 y 27.1.g) de las Bases de Ejecución del Presupuesto del Ayuntamiento de Madrid de 2007 de carácter presupuestario, se indica que el incremento que suponga este gasto para el año 2008 deberá asumirse en el Presupuesto Municipal de acuerdo al Plan Económico-Financiero del Ayuntamiento de Madrid para el periodo 2006-2008, aprobado por el Pleno Municipal con fecha 26 de septiembre de 2005.

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL

Fdo.: Santiago Ruedas Arteaga

EL JEFE DEL SERVICIO

Fdo.: Miguel A. Vázquez Gómez

