



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 25 de noviembre de 2010, ha examinado el *expediente relativo a la modificación del contrato de la concesión de obra pública suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqqq, S.A.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 10 de noviembre de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la modificación del contrato de concesión de obra pública suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqqq, S.A., para la construcción y explotación de éste.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de noviembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.377/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 28 de abril de 2006 tuvo lugar la formalización del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del nuevo Hospital de xxxxx, celebrado entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y



León y la Sociedad Concesionaria qqqqq, S.A. (en adelante, Sociedad Concesionaria).

Las prestaciones objeto del contrato, según se contempla en la cláusula nº 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) consisten en la construcción de la obra pública del qqqqq, la dotación del equipamiento necesario, su explotación mediante la puesta a disposición a la Administración para que pueda desarrollarse la actividad asistencial médico-sanitaria, docente y de investigación, las actuaciones de conservación, mantenimiento, adecuación, reforma, modernización, reposición y gran reparación de todas las edificaciones y, por último, el mantenimiento, la actualización y la reposición del equipamiento.

El plazo de ejecución de las obras y de dotación del equipamiento es de 42 meses, a tenor de lo dispuesto en el capítulo cuarto del PCAP y en el documento de formalización del contrato mientras que el de duración total de la concesión de la obra pública es de 30 años, ambos plazos computados desde el día siguiente a la firma del acta comprobación del replanteo por la que se autoriza el inicio de ejecución de las obras. El importe de la Inversión Neta Inicial Total Ofertada (INITO) asciende a 242.851.578,44 euros.

Por otro lado, según la cláusula nº 29 del PCAP, "Se considera que no existe equilibrio económico-financiero cuando la Tasa Interna de Rentabilidad (en adelante TIR) del proyecto, calculada en un determinado momento del contrato, está fuera de la franja de más/menos dos puntos porcentuales de la TIR del proyecto base de adjudicación".

Segundo.- El 17 de marzo de 2008 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud aprobó un proyecto de modificado técnico al de ejecución de la obra, que fue redactado, previa autorización, por la Sociedad Concesionaria y que no supuso un aumento del plazo de ejecución ni una alteración del plan económico financiero de la concesión. Esta modificación respondió a la necesidad de desplazar la posición inicialmente prevista del edificio en el terreno para conseguir una reducción de los empujes y una mayor garantía frente a posibles desplazamientos del monte, así como a la de adoptar una solución en el ámbito de la cimentación.



Tercero.- El 17 de julio de 2009 la Oficina de Seguimiento de la Concesión emite un informe-propuesta sobre una modificación del contrato fundamentada en una serie de necesidades nuevas detectadas que se concretan del siguiente modo:

- En primer lugar, el incremento de población del Área de Salud de xxxxx en un 6,5% entre los años 2002 y 2009, la designación del Complejo Asistencial de xxxxx como centro y servicio de referencia de atención especializada, como centro de referencia para la Comunidad Autónoma de xxxxx1 y como servicio de referencia en segunda opinión médica, conllevan la necesidad de introducir determinadas modificaciones en el proyecto en lo relativo a la zona de hospitalización, servicios ambulatorios, servicios centrales de diagnóstico y tratamiento, unidades de servicios generales y unidades de soporte logístico.

- En segundo lugar, la acreditación del qqqqq como hospital universitario requiere un conjunto de modificaciones dirigidas a procurar una infraestructura adecuada a las características de la actividad docente y de investigación.

- En tercer lugar, la inclusión del Hospital hhhh1 en el Complejo Asistencial de xxxxx por Acuerdo 242/2007, de 29 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, implica introducción de ajustes en edificio industrial del qqqqq y en el sistema de comunicaciones y logística de pacientes.

- En cuarto lugar, los cambios que han de producirse en la ubicación del edificio industrial provocan que haya de reubicarse un aparcamiento en la zona sur del complejo hospitalario.

- Por último, la desaparición del helipuerto del Hospital hhhh2 y de la helisuperficie del Hospital hhhh1 determinan la necesidad de la construcción de un helipuerto en el qqqqq que reúna las condiciones aeronáuticas precisas para operar las 24 horas del día en una ubicación próxima al Servicio de Urgencias.

Cuarto.- El 30 de septiembre de 2009 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud emite informe favorable sobre la modificación del proyecto de ejecución de las obras, al considerar suficientemente justificada la



conurrencia de los requisitos previstos en el artículo 240 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Quinto.- El 9 de octubre de 2009 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud dicta resolución por la que se aprueba el expediente para la modificación del proyecto de ejecución de la obra derivada de las necesidades descritas en el antecedente de hecho tercero y se encomienda a la Sociedad Concesionaria la redacción de la modificación del proyecto, que supone una previsión de incremento del importe del INITO en 56.373.000 euros, IVA incluido.

Sexto.- El 4 de octubre de 2010 la Sociedad Concesionaria solicita que la Administración adopte las medidas oportunas para reestablecer el equilibrio económico del contrato ya que "dada la compleja situación actual de los mercados financieros y la magnitud del incremento de la inversión autorizado, es preciso fijar un mecanismo de pago de este equilibrio que permita a la Sociedad obtener la financiación suficiente y a corto plazo, para poder proceder a la ejecución de la misma".

Séptimo.- El 13 de octubre de 2010 la Tesorería General de Consejería de Hacienda emite un informe sobre la incidencia de la modificación del proyecto en la TIR, en el que se desplaza del 7,11% al 4,91%. Si se considera la cuantía del modificado y el abono de los importes adicionales se deriva una TIR del proyecto de 6.92 %.

Octavo.- El 15 de octubre de 2010 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud autoriza el reequilibrio económico financiero del contrato a la vista del informe de la Tesorería General y de la cláusula nº 29 del PCAP al comprobarse que "la repercusión del incremento de inversión y sus costes asociados derivados de la modificación del proyecto de ejecución de la obra supone que la TIR del proyecto está fuera de la franja de más/menos dos puntos porcentuales de la TIR del proyecto base de adjudicación".

Noveno.- El 20 de octubre de 2010 se acuerda el inicio del expediente de modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del qqqqq y se señala que el importe de la modificación asciende



a 157.620.213,36 euros, especificándose la distribución de esta cantidad por anualidades.

Décimo.- Otorgado trámite de audiencia a la Sociedad Concesionaria, ésta manifiesta su conformidad con los términos de la modificación propuestos.

Decimoprimer.- El 25 de octubre de 2010 la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios de la Consejería de Hacienda emite un informe en el que se señala que "El importe inicial del contrato con IVA asciende a 1.010.133.757,50 euros" y que "Los compromisos añadidos en las anualidades 2013 a 2025 suponen incrementos significativos que exigen reajustes dentro del citado capítulo. A este respecto se manifiesta que el inicio de la prestación sanitaria a través de la concesión libera crédito en este capítulo correspondiente a los gastos de funcionamiento ordinario del Hospital hhhh3. Por lo que, desde la perspectiva del objetivo de estabilidad, es asumible con el actual escenario presupuestario. Asimismo, esta modificación supone una adquisición de compromisos para ejercicios futuros". El 27 de octubre esta misma Dirección General emite informe en relación a la superación de los porcentajes de gastos con cargo a ejercicios futuros establecidos en el artículo 111 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León.

Decimosegundo.- El 27 de octubre de 2010 se formula propuesta de modificación del contrato que se concreta en los siguientes términos:

- En primer lugar, en la incorporación al contrato del proyecto de ejecución de las obras modificado, aprobado por Resolución de 30 de julio de 2010, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud.

- En segundo lugar, en la aprobación del gasto correspondiente al modificado por importe de 157.620.213,36 euros.

- En tercer lugar, en la modificación del pago mensual al concesionario.

- En cuarto lugar, en la aprobación de la retribución al concesionario del valor de la inversión correspondiente a la modificación de la obra y de los costes derivados de los ingresos netos dejados de percibir por la Sociedad Concesionaria por la disminución del plazo de explotación.



- Por último, en la ampliación del plazo de ejecución de las obras, de dotación del equipamiento y la consideración de éstas como aptas para la puesta en servicio y funcionamiento hasta 49 meses y en el mantenimiento del plazo de duración de la concesión en 30 años.

Decimotercero.- El 27 de octubre de 2010 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud manifiesta su opinión favorable respecto a la propuesta de modificación del contrato y considera que en su tramitación se han observado hasta el momento todas las actuaciones exigidas y que han quedado acreditadas en el expediente las causas que la justifican.

Decimocuarto.- El 28 de octubre de 2010 el Director General del Secretariado de la Junta y Relaciones con las Cortes certifica que el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León, en la reunión celebrada ese mismo día, a propuesta del Consejero de Sanidad, adoptó el Acuerdo de autorizar a la Gerencia Regional de Salud la modificación del contrato de referencia por importe de 157.620.213,36 euros (IVA incluido) con la distribución por anualidades que se detalla.

Decimoquinto.- El 29 de octubre de 2010 la Intervención General de la Comunidad fiscaliza de conformidad el gasto que la modificación del contrato supone y manifiesta que no tiene ningún reparo que oponer.

Decimosexto.- El 9 de noviembre de 2010 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud emite un informe jurídico en relación al carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León sobre la modificación del contrato.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en virtud de lo dispuesto en los artículos 4.1.h).3º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como en los artículos



59.3.b) y 249.2 en relación con el 240.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio. Ha de tenerse en cuenta que la modificación del proyecto de ejecución supone un incremento superior al 20% del importe total de la obra inicialmente previsto y que el concesionario ha manifestado su conformidad, circunstancias que al amparo de las disposiciones citadas determinan la preceptividad del dictamen de este Consejo Consultivo.

Por otro lado, resulta procedente señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la modificación contractual objeto del presente dictamen se encuentra regida por la normativa anterior, es decir, por la ya citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre(en adelante RGLCAP), al haberse producido la adjudicación del contrato con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma.

Corresponde a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la modificación del contrato, además de los preceptos de la LCAP y del RGLCAP que resultan de general aplicación a todos los contratos administrativos, ha de tenerse presente la regulación contenida en el título V del libro II de la LCAP y en especial los artículos 240, 249 y 250.

Del examen del expediente administrativo se desprende que se han practicado los siguientes trámites:

- Aprobación por el órgano competente del expediente relativo a la modificación del proyecto de ejecución de las obras del contrato de concesión de obra pública, previa emisión de informe jurídico favorable.

- Autorización por el órgano competente del restablecimiento de equilibrio económico del contrato previa emisión de informe por la Tesorería General de la Consejería de Hacienda.



- Trámite de audiencia al contratista, que manifiesta su conformidad con los términos de la modificación.

- Informes preceptivos de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios.

- Informe sobre la propuesta de modificación del contrato de concesión de obra pública de la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud, que no formula objeciones de legalidad.

- Autorización de la modificación del contrato por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León.

- Informe de la Intervención General de la Comunidad, que no formula reparos.

- La competencia para dictar resolución relativa a la modificación del contrato corresponde, de conformidad con los artículos 59 y 249 de la LCAP al órgano de contratación, en este caso al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, según se desprende del artículo 1 del Decreto 1/2009, de 8 de enero, de desconcentración de competencias del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León en el Director Gerente.

3ª.- Antes de proceder al examen de la modificación contractual examinada conviene hacer una breve exposición sobre la figura del contrato de concesión de obra pública para, de este modo, valorar de manera adecuada las circunstancias y el alcance de la modificación.

El contrato de concesión de obra pública ha sido considerado tradicionalmente como un instrumento adecuado para compatibilizar los intereses privados y el interés público de una manera eficaz.

En el ordenamiento jurídico español el sector de las autopistas fue, a juicio de la doctrina, el primero que contó con una regulación específica en materia de concesiones, que pronto se consideró indispensable para alcanzar un sólo régimen jurídico básico que ofreciese la certidumbre y estabilidad normativa suficiente para hacer atractiva la participación de la financiación privada en la construcción de costosas obras públicas.



Además de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, existen en el Derecho Español diversas normas sectoriales reguladoras de concesiones específicas, tales como la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que contiene regulación aplicable a las concesiones de ferrocarriles, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que cuenta con disposiciones reguladoras de concesiones en el sector hidráulico, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico o el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Si bien esta figura contractual ya estaba prevista en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en la propia LCAP, es la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, la que dota a este contrato de una regulación troncal y horizontal, tal y como señala su propia exposición de motivos, dirigida superar carencias y a potenciar la figura con el objetivo de alcanzar un equilibrio entre el cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria plasmados en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria así como en la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior y la necesidad de construir el volumen de infraestructuras requeridos en nuestro país.

El artículo único de la mencionada Ley 13/2003, de 23 de mayo, dispone la modificación de una serie de preceptos de la LCAP y la introducción de un quinto título en su libro II comprensivo de los artículos 220 a 266, que como ya se ha señalado en la Consideración Jurídica 1ª, constituye el régimen jurídico que deberá tenerse en cuenta al examinar la modificación propuesta.

Actualmente el contrato de concesión de obras públicas se encuentra regulado en los artículos 7, 14, 112 a 115 y 223 a 250 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que introducen importantes novedades respecto al régimen anterior, si bien otros preceptos a lo largo de su articulado contienen previsiones directamente aplicables a esta figura.

El artículo 220.1 de la LCAP dispone que "Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras



relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”.

Señala el apartado 2 de dicho precepto que “La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

El apartado 3 dispone que “La Administración concedente podrá establecer que el concesionario redacte el proyecto de construcción de las obras conforme a las exigencias determinadas en el correspondiente estudio o anteproyecto, en los términos señalados en el capítulo II. En este supuesto la aprobación del proyecto corresponderá a la Administración concedente y formará parte del contrato de concesión”.

Por su parte, el apartado 4 establece que “El sistema de financiación de la obra y retribución del concesionario se determinarán por la Administración concedente con respeto a los objetivos de estabilidad presupuestaria y atendiendo a criterios de racionalización en la inversión de los recursos económicos, a la naturaleza de las obras y a la significación de éstas para el interés público”.

Por último, cierra el precepto su apartado 5, que señala que “El régimen del contrato de concesión de obras públicas previsto en este título será aplicable a todas las entidades de derecho público cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación”.

Por tanto, las cuatro notas fundamentales que caracterizan la figura de la concesión y que se apuntan en el precepto transcrito son: el concepto de obra



pública susceptible de explotación, el riesgo concesional, el equilibrio económico de la concesión y la diversificación de la financiación.

Puede señalarse que el objeto del contrato de concesión consiste en la construcción y explotación, o solamente la explotación, de las obras contempladas en el artículo 120 de la LCAP, si bien este objeto no se agota aquí, al comprender además aquellas obras que siendo susceptibles de explotación sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

De este modo, el requisito previo y necesario para poder instrumentar este contrato será el de la existencia de una obra pública, obra que no debe ser entendida en sentido estricto y limitado a las contempladas en el artículo 120 de la LCAP, al estar incluidas también aquellas vinculadas a la prestación de un servicio público de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

Por ello, de la definición del contrato de concesión de obras públicas que recoge el artículo 220 de la LCAP se desprende que no se trata de una modalidad del contrato de obras, sino más bien ante una forma de financiación de las obras públicas en las que se confiere el protagonismo principal, bajo la tutela y el control de la Administración, al capital privado.

Una característica distintiva de este tipo de contrato es el derecho de explotación de la obra. Ello exige, bien que la obra pública sea susceptible de explotación por sí misma, bien que la obra sea susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios de interés público. Por ello, aquellas infraestructuras que no permitan el cobro de tarifas al usuario, ya sea directamente, ya sea mediante abonos de la Administración teniendo en cuenta su utilización, no son susceptibles de explotación.

Esta característica enlaza directamente con la segunda nota fundamental de la figura contractual de la concesión de obras públicas, que es la del riesgo de explotación vinculado a la inversión realizada o al capital invertido, es decir, la del principio del riesgo y ventura que rige la relación entre la Administración y el concesionario.



Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1947, "riesgo" significa contingencia o proximidad de un daño y con el término "ventura" se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien, de modo que el concesionario, al contratar con el Estado, asume el riesgo de las contingencias que como "riesgo y ventura" se definen y que se basan en la consideración de que la obligación dé resultados como contrapunto a su configuración.

Junto con el principio de riesgo y ventura, el mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión es otro de los aspectos esenciales del contrato. Así, el concesionario tiene derecho al mantenimiento del equilibrio económico en los términos tenidos en cuenta en el momento de la adjudicación, lo que le otorga una gran seguridad al evitar que tenga que preocuparse de acontecimientos extraños que afecten a la concesión, al margen de su buena gestión.

Con ello se suaviza la posición del inversor privado de forma que no tenga que asumir todos los riesgos del proyecto, sino solamente aquellos que se encuentren bajo su control, dejando el resto en manos de la Administración.

En este punto resulta preciso señalar que la Administración no tiene la obligación de restablecer el equilibrio económico siempre que se dé cualquier circunstancia que impida al concesionario alcanzar la rentabilidad inicialmente prevista, sino que existe una lista cerrada de supuestos en los que la Administración tiene esta obligación, fuera de los cuales prevalece la asunción de riesgo por el contratista. Uno de estos supuestos es el de la modificación de la obra pública tal y como se recoge en el artículo 250 de la LCAP.

Por último, para finalizar con esta exposición general sobre la figura contractual de la concesión, ha de señalarse que tanto el sistema de financiación de la obra como la retribución del concesionario se determinarán por la Administración con respeto a los objetivos de estabilidad presupuestaria y atendiendo a criterios de racionalización de la inversión, a la naturaleza de los recursos económicos y a la significación de las obras para el interés público.

La LCAP contempla una pluralidad de fuentes y formas de financiación, lo que proporciona una amplia flexibilidad. Así, se prevé que el concesionario financie total o parcialmente la obra así como la compatibilidad entre la



financiación pública y la privada, circunstancia que incide de manera notable en la asunción de riesgo.

4ª.- Una vez efectuadas las consideraciones precedentes procede el examen de la modificación contractual propuesta, que constituye el objeto del presente dictamen.

Conviene comenzar señalando que la contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes -principio *ne varietur*- recogido fundamentalmente en el artículo 4 de la LCAP y reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que "existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva" (Sentencia de 3 de mayo de 2001).

Entre dichas excepciones se encuentra la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos, también denominada *ius variandi*, reconocida en el artículo 59.1 de la LCAP.

Se trata de una prerrogativa de la Administración reconocida por el ordenamiento jurídico, especialmente privilegiada, que necesariamente ha de tener un carácter excepcional como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre:

"(...) la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores del sistema de contratación pública".

El *ius variandi*, en cuanto prerrogativa o potestad emana directamente del ordenamiento jurídico, con carácter general del artículo 101 y en particular para el contrato de concesión de obra pública de los artículos 240, 249 y 250 de la LCAP y ha de sujetarse en su ejercicio a los requisitos, límites y alcance que aquellos establecen.



Así, el ejercicio del *ius variandi* ha de ajustarse a unos requisitos de carácter formal, debiendo seguirse el procedimiento legalmente establecido, al que ya se ha hecho referencia así como a unos requisitos materiales, al disponer el artículo 101.1 de la LCAP:

“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”.

En el ámbito del contrato de concesión de obra pública el artículo 249.1 de la LCAP señala en su letra b) que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará la prerrogativa de “Modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas”.

En el artículo 250 se concreta en qué pueden consistir las posibles variaciones que puede sufrir la obra pública ya terminada, mientras que el artículo 240, de aplicación al supuesto que se dictamina, se centra en las modificaciones que tienen lugar en fase de ejecución de la obra al señalar en su apartado 1 que “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto por razón de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes”.

Por todo ello el Consejo de Estado, en el Dictamen 1.531/2003, de 24 de julio, señala que “La modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991). Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de



las exigencias propias del servicio, deriva de la exigencia de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (artículo 101 de la LCAP, cuya aplicación no se excluye en el artículo 155.5 de la misma Ley). El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del *ius variandi*, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, «podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas». La concurrencia tanto del interés público que legitime la modificación contractual como de las necesidades nuevas o causas imprevistas a que se refiere el citado artículo 101 de la LCAP, debe quedar justificada en el expediente, conforme a este precepto”.

Por último, hay que señalar que la modificación del contrato debe consistir precisamente en ello, en una modificación, de manera que aquél mantenga su identidad, quedando vedado, vía *ius variandi*, realizar una alteración sustancial del contrato, por implicar ésta, no ya una modificación, sino un cambio en la voluntad administrativa que requiere de una nueva contratación.

A dicha concepción responde fundamentalmente la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada, entre otras, en la Sentencia de 21 de enero de 2000, que señala:

“Estas modificaciones, como ya ha quedado indicado, no son sustanciales, ni alterando ni vulnerando el Pliego de Condiciones que sirvió de base para el concurso. Se trata, como acertadamente expone la sentencia de instancia, de una acomodación del primitivo objeto contractual a las necesidades impuestas por el interés público. El Ayuntamiento de (...) ha hecho uso del *ius variandi* conforme a derecho, sin alterar sustancialmente los términos del contrato ni vulnerar el Pliego de Condiciones del concurso, por lo que no ha infringido los principios de publicidad y concurrencia establecidos por el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, que hubieran exigido la convocatoria de un nuevo concurso solamente si se hubiesen modificado en sus términos esenciales las condiciones que dieron lugar a la adjudicación del celebrado”.

Incluso en Sentencias como la de 1 de febrero de 2000, que recogen la línea jurisprudencial más generosa con la extensión del *ius variandi* considera



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»”, precisan que en el caso enjuiciado las modificaciones no “pueden considerarse como alteraciones sustanciales del contrato, que lo hagan esencialmente distinto del celebrado”.

En este mismo sentido, de rechazo a las alteraciones sustanciales, se expresó el Consejo de Estado en el Dictamen 79/1993, de 1 de abril:

“(..), que las modificaciones «sean consecuencia de necesidades nuevas», no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial del objeto del contrato. En efecto, a través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente, o en sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentemente con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación (...)”.

De similar forma se han pronunciado los Órganos Consultivos de otras Comunidades Autónomas, como el de La Rioja en el Dictamen 20/2000, de 4 de mayo, o el de la Comunidad Valenciana en el Dictamen 626/2003, de 4 de diciembre, además de este órgano Consultivo (Dictamen 553/2008).

Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el informe 59/2003, de 7 de junio de 2004, manifiesta: “(...) criterio reiteradamente expuesto por esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos, puesto que «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre competencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos de los adjudicatarios podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce» (informes de 21 de diciembre de 1995, posteriormente



reproducido en el de 17 de marzo de 1999, de 2 y 5 de marzo de 2001 y de 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03)".

5ª.- Por lo que se refiere a la concreta modificación del contrato de concesión de obra pública suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqqq, S.A., este Consejo Consultivo considera, al igual que todos los órganos que han emitido informe a lo largo del procedimiento, que concurren los requisitos de fondo que el ordenamiento jurídico exige para el ejercicio del *ius variandi*.

Las modificaciones contractuales por razón de interés público requieren que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, exigencia que comprende tanto a las necesidades sobrevenidas, como a todas las causas imprevistas, ya fueran previsibles o imprevisibles al tiempo de la contratación; circunstancias que deberán apreciarse en sentido estricto como determinantes de un privilegio reconocido a la Administración y que operan igualmente como presupuesto de hecho que procede a apreciar a la vista de las notas características propias y específicas de cada supuesto en particular.

Por otro lado, las necesidades motivadoras tienen que encontrar satisfacción en el ámbito propio del contrato que se pretende modificar, pero no en otro extraño a él -aunque sea próximo o lateral- porque, además de su inadecuación, supondría también un desplazamiento del juego y valoración sobre el interés público que ilumina la actuación administrativa en el contrato concreto cuya modificación se pretende.

La modificación objeto de dictamen constituye en realidad una modificación compleja compuesta por cinco propuestas.

La primera de ellas, como ya se ha recogido en el antecedente de hecho duodécimo, consiste en la incorporación al contrato del proyecto de obras modificado como consecuencia de las nuevas necesidades surgidas durante la fase de ejecución de las obras, que han quedado suficientemente acreditadas y que aparecen descritas en la Resolución de 9 de octubre de 2009 por la que se aprueba el expediente para la modificación del proyecto de ejecución de la obra.

Por otro lado, si bien la modificación del proyecto ha supuesto un incremento del importe total de las obras inicialmente previsto superior al 20%,



el concesionario no ha solicitado la resolución del contrato sino que ha manifestado expresamente su conformidad con la propuesta del órgano de contratación.

La segunda y tercera propuesta en que se concreta la modificación consisten en la lógica y necesaria aprobación del gasto que la modificación contractual lleva aparejada, así como en la modificación del pago mensual al concesionario, consecuencia de las nuevas circunstancias resultantes de la modificación del proyecto y del incremento del importe total de las obras inicialmente previsto.

Consta en el expediente la fiscalización de conformidad del gasto realizada por la Intervención General de la Comunidad, que no formula reparos, así como la emisión de todos los informes preceptivos que el ordenamiento jurídico exige con carácter previo a la fiscalización.

La cuarta modificación supone, junto con la tercera, la concreción del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión solicitado por el contratista a consecuencia del incremento de costes derivados de la modificación de proyecto de obras.

El artículo 250 de la LCAP señala en su apartado 2 que “Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se registrará por lo dispuesto en el artículo 248 de esta Ley”.

El artículo 248 dispone en su apartado 1 que el contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

Este apartado 2 prevé en su letra a) que la Administración debe restablecer el equilibrio económico de la concesión cuando modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

El apartado 3 del precepto establece por su parte que “En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso



procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el art. 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación”.

Este Consejo Consultivo considera que ha quedado acreditado en el expediente el desequilibrio económico en los términos previstos en la cláusula nº 19 del PCAP que dispone que “Se considera que no existe equilibrio económico-financiero cuando la TIR del proyecto, calculado en un determinado momento del contrato, está fuera de la franja de más/menos dos puntos porcentuales de la TIR del proyecto base de adjudicación”.

Así, en el informe de 13 de octubre de 2010, la Tesorería General de la Consejería de Hacienda constata la incidencia de la modificación del proyecto en la TIR, que desplaza al 4,91%.

Por lo que se refiere a medida propuesta para restablecer el equilibrio económico de la concesión, se ha optado por la modificación de la forma de pago, que goza de la consideración de cláusula de contenido económico integrante del PCAP.

Al respecto, la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios informa el 25 de octubre de 2010 de que esta modificación supone una adquisición de compromisos con cargo a ejercicios futuros y de que, desde la perspectiva del objetivo de estabilidad, resulta asumible con el actual escenario presupuestario.

Por su parte, tal y como figura en el expediente, el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León, en su reunión celebrada el 28 de octubre de 2010 adoptó, a propuesta del Consejero de Sanidad, el Acuerdo de autorizar a la Gerencia Regional de Salud la modificación del contrato.

Por último, se recoge en la propuesta examinada un quinto aspecto consistente en la ampliación del plazo de ejecución de las obras en siete meses,



lo que constituye, a juicio de este Consejo Consultivo, una consecuencia lógica derivada de la modificación del proyecto de obras debido a la aparición de nuevas necesidades detalladas en el informe de 17 de julio de 2009 la Oficina de Seguimiento de la Concesión y en la citada Resolución de 9 de octubre de 2009 de la Gerencia Regional de Salud.

Por todo lo que antecede, este Consejo Consultivo considera procedente la modificación examinada del contrato de concesión de obra pública al considerar suficientemente justificadas las causas que la fundamentan y el cumplimiento de todos los requisitos de procedimiento exigidos por el ordenamiento jurídico.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede modificar el contrato de concesión de obra pública suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqq, S.A., para la construcción y explotación de éste.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.