



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, 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 27 de septiembre de 2012, ha examinado el *procedimiento relativo a la tercera modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital del xxxx1*, 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 septiembre de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la tercera modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital del xxxx1, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqq1, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 12 de septiembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 605/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa reducción de éste, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 28 de abril de 2006 se formalizó el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del nuevo Hospital de xxxx1, celebrado entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqq1, S.A. (en adelante, Sociedad Concesionaria). El 30 de abril



de 2012 se firmó una adenda al contrato en la que se corrigen los errores existentes en la cláusula 2ª ("tarifas y precios"), respecto de las tarifas por el uso de la infraestructura.

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 Nuevo Hospital de xxxx1, 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 de 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.- Mediante Resolución de 26 de noviembre de 2010 del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, se modifica el contrato de concesión de obra pública, en los siguientes términos:

- Se añade como elemento contractual el proyecto de ejecución de las obras modificado, aprobado mediante Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 30 de julio de 2010;

- Se aprueba el gasto correspondiente a este modificado por importe de 157.620.213,36 euros;



- Se modifica el pago mensual al concesionario en los términos que se indican en la resolución;

- Se aprueba la retribución al concesionario del valor de la inversión correspondiente a la modificación de la obra del Nuevo Hospital de xxxx1 y de los costes derivados de los ingresos netos dejados de percibir por la Sociedad Concesionaria por la disminución del plazo de explotación de la concesión.

- Se amplía el plazo para la ejecución de las obras, la dotación del equipamiento y la consideración de las mismas como aptas para la puesta en servicio y funcionamiento hasta 49 meses, y se mantiene en 30 años el plazo total del contrato de concesión de obra pública.

Tercero.- El 14 de octubre de 2010 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud dicta Resolución en los siguientes términos:

“1º.- Aprobar el plan de equipamiento y montaje modificado relativo al contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, con las condiciones indicadas en el anexo incorporado a [la] resolución, y teniendo en cuenta que, en todo caso, el equipamiento del nuevo hospital incluirá, a cargo de la Sociedad Concesionaria, la totalidad de mobiliario, equipos médicos y clínicos, técnicas y tecnologías y equipamientos necesarios para el correcto funcionamiento de las actividades propias del hospital.

»2º.- Autorizar el incremento del importe de la Inversión Neta Inicial Total Ofertada (INITO) de este contrato en 47.102.000,00 € (IVA no incluido), lo que supone una Inversión Neta Inicial Total del equipamiento de 94.439.633,40 € (IVA no incluido) y con el desglose indicado en el anexo 2 [incorporado a la resolución].

»3º.- Establecer que el plazo para considerar la obra pública del Nuevo Hospital de xxxx1 como apta para su puesta en servicio y funcionamiento concluye el 31 de marzo de 2011; todo ello sin perjuicio de que determinados elementos del equipamiento puedan ser instalados con



posterioridad a esta fecha, siempre que se justifique la imposibilidad de hacerlo dentro de la fecha indicada y se autorice por el órgano de contratación.

»4º.- Realizar la comprobación material del equipamiento a medida que se instalen los equipos. (...)”.

Cuarto.- El 3 de noviembre de 2011 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud resuelve:

»1º.- Aprobar el plan de equipamiento y montaje, con el modificado nº 2, relativo al contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, tal y como se recoge en la documentación presentada por la Sociedad Concesionaria junto a su escrito de 26 de octubre de 2011, y teniendo en cuenta que, en todo caso, el equipamiento del nuevo hospital incluirá, a cargo de la Sociedad Concesionaria, la totalidad de mobiliario, equipos médicos y clínico, técnicas y tecnologías y equipamientos necesarios para el correcto funcionamiento de las actividades propias del hospital.

»El plazo para el montaje e instalación del equipamiento y para considerar la obra pública del Nuevo Hospital de xxxx1 como apta para su puesta en servicio y funcionamiento concluye el 30 de noviembre de 2011, de acuerdo con lo establecido en la Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 12 de agosto de 2011; todo ello sin perjuicio de que los elementos del equipamiento que se recogen en el anexo 1 puedan ser instalados con posterioridad a dicha fecha pero siempre antes de la indicada en el citado anexo.

»2º.- Autorizar el incremento del importe de la Inversión Neta Inicial Total Ofertada (INITO) de este contrato, derivada de esta segunda modificación, en la cantidad de 9.015.457,77 € (IVA no incluido) y con el desglose indicado en el anexo 2 [que se incorpora a la Resolución]. (...)”.

En el antecedente de hecho decimosegundo de la citada Resolución se indica que “Con fecha 3 de noviembre de 2011 [misma fecha de la Resolución] la Junta de Castilla y León autoriza la subsanación de la omisión de función interventora previa, así como del expediente de autorización de este modificado nº 2 del plan de equipamiento y montaje (...)”.



Quinto.- El 2 de julio de 2012 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud dicta Resolución en los siguientes términos:

«Primero.- Aprobar la modificación y ampliación del contrato de contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, de acuerdo con los recogido en el antecedente de hecho tercero [de la Resolución, que alude al informe de la Dirección del Complejo Asistencial de xxxx1, justificativo de la necesidad de abordar la realización de una serie de adaptaciones en la obra pública].

»Segundo.- Aprobar el proyecto de ejecución y las memorias valoradas de las obras de reforma y adaptación de espacios, así como la memoria valorada de su equipamiento para el Nuevo Hospital de xxxx1, presentadas por la Sociedad Concesionaria qqqq1, S.A. con fecha 5 de junio de 2012, que han sido supervisadas, o informadas en su caso, por el Servicio de Infraestructura y Patrimonio de la Gerencia Regional de Salud y por la Oficina de Seguimiento de la Concesión, cuyo importe de inversión máxima estimada es de 5.742.990,80 € (IVA no incluido) y con un plazo de ejecución de 5 meses.

»Tercero.- Tramitar la formalización de la modificación del contrato de concesión de la obra pública para la construcción y explotación del nuevo Hospital de xxxx1 para la ejecución de las obras de reforma y adaptación de espacios existentes del nuevo Hospital de xxxx1, así como de su equipamiento, recogidos en el anexo a [la] Resolución”.

Sexto.- El 29 de noviembre de 2011 la Sociedad Concesionaria solicita que la Administración adopte las medidas oportunas para reestablecer el equilibrio económico del contrato, roto tras la aprobación de los Modificados de Equipamiento nº 1 y 2, aprobados por Resoluciones de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de 14 de octubre de 2010 y 3 de noviembre de 2011, respectivamente (documento nº 1 del expediente administrativo).

El 28 de junio de 2012 la Sociedad Concesionaria aporta “documentación de detalle y cálculo del esquema retributivo adicional que tendría por objeto compensar” a la Sociedad Concesionaria tras los modificados mencionados y la aprobación de ejecución de nuevas obras en el año 2012, una vez iniciada la



explotación del hospital, derivadas de la fase de traslado y la mejora de enlaces y conexión (documento nº 2 del expediente).

Séptimo.- El mismo 28 de junio de 2012 el Servicio de Infraestructuras y Patrimonio de la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud emite un informe sobre los honorarios estimados del proyecto y dirección de las obras de adaptación del nuevo Hospital de xxxx1, que se valoran en 350.000,00 euros (documento nº 5 del expediente).

Octavo.- El 7 de agosto de 2012 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud emite un informe en relación con la consideración de determinados conceptos de coste para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en el contrato, y analiza en particular los denominados "sobrecostes financieros derivados de la financiación de los aumentos de la INITO aprobada", entre los que se encuentran los siguientes: el aumento de los márgenes bancarios respecto de los contemplados en la oferta, debido a las distintas condiciones del mercado financiero que existían en el momento de la licitación respecto al momento actual; el coste financiero por la creación de un fondo de reserva para el servicio de la deuda de la nueva financiación; y los costes adicionales (de asesores y notarios, comisiones de apertura y comisiones de agencia) incurridos para obtener la nueva financiación (documento nº 4 del expediente).

Noveno.- El 8 de agosto de 2012 el Director Técnico General de la Dirección General de Administración e Infraestructuras emite un informe sobre la solicitud de un segundo reequilibrio económico financiero del contrato, en el que analiza con detalle la procedencia o no de los conceptos de mayor gasto e inversión alegados por la Sociedad Concesionaria (documento nº 6 del expediente).

Décimo.- El 7 de agosto de 2012 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud solicita a la Consejería de Hacienda un informe sobre algunos aspectos de la solicitud de reequilibrio económico financiero nº 2 del contrato, en concreto, parámetros de tipo financiero e informe de la TIR del proyecto.

El 13 de agosto la Consejería de Hacienda remite el informe solicitado, elaborado por una consultora externa (qqqq2, S.A.), en el que no figura la firma



del autor o autores (documento nº 8 del expediente), relativo a los siguientes extremos:

- Cálculo de la TIR del proyecto resultante de introducir en el vigente modelo económico financiero del contrato de concesión, según Anexo V remitido, los flujos correspondientes a los parámetros de reequilibrio propuestos por la Sociedad Concesionaria, excluidos determinados costes financieros.

- Cálculo de la TIR del proyecto resultante de introducir en el modelo económico financiero ajustado en el apartado anterior, según Anexo VI remitido, los flujos de caja propuestos para que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, compensando las repercusiones directamente derivadas de los supuestos anteriormente señalados.

El informe señala que “La TIR del proyecto, tras los flujos adicionales propuestos, se mantiene en los niveles del momento de la licitación”, es decir, en el 7,11%.

Undécimo.- El 13 de agosto de 2012 el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud autoriza el 2º reequilibrio económico financiero del contrato a la vista del informe remitido por la Consejería de Hacienda y de la cláusula nº 29 del PCAP al comprobarse que “la repercusión del incremento de inversión y de la ampliación del plazo, junto con los costes adicionales y financieros asociados, derivados de las Resoluciones de 14 de octubre de 2010 y 3 de noviembre de 2011, de la Gerencia Regional de Salud, por las que se aprobaron los modificados nº 1 y 2, respectivamente, del plan de equipamiento y montaje, así como de la Resolución de 2 de julio de 2012, por la que se acuerda la modificación y ampliación de la obra pública, supone que la TIR del proyecto está fuera de la franja de más/menos dos (+/- 2) puntos porcentuales de la TIR del proyecto base de adjudicación” (documento nº 10 del expediente).

En el antecedente de hecho décimo de la Resolución se señala que en el informe remitido por la Consejería de Hacienda se manifiesta que “la TIR del proyecto, resultante de introducir en el vigente modelo económico-financiero del contrato de concesión los flujos correspondientes a los parámetros de reequilibrio propuestos por la Sociedad Concesionaria, excluidos determinados



costes financieros, está fuera de la franja de más/menos dos (+/- 2) puntos porcentuales de la TIR del proyecto base de adjudicación"; y que "la TIR del proyecto, resultante de introducir en el modelo económico financiero los flujos de caja propuestos para que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, compensando las repercusiones directamente derivadas de los supuestos anteriormente señalados, es la misma del proyecto base de adjudicación".

Duodécimo.- Mediante Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 13 de agosto de 2012, se inicia el procedimiento de modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1 y se señala que el importe de la modificación asciende a 179.925.009,55 euros, especificándose la distribución de esta cantidad por anualidades (documento nº 12 del expediente).

Decimotercero.- El 14 de agosto de 2012 la Dirección General de Presupuestos y Estadística de la Consejería de Hacienda emite un informe en el que se señala lo siguiente:

"El importe inicial del contrato con un IVA del 16% asciende a 1.010.133.757,50 euros. Teniendo en cuenta la reducción de 7 meses en la ejecución de la concesión (-22.235.648,75 €), el incremento del IVA en un 2% (17.032.725,96 €), el modificado número 1, que supone un incremento de 157.620.213,36 € (IVA incluido) y la revisión de tarifas del contrato de concesión de obra pública, por importe de 114.417.761,76 €, el total del contrato asciende a 1.276.968.809,83 € (con la distribución actual, que abarca desde 2011 a 2037, indicada en el informe).

»Según se desprende de la documentación aportada, por Resolución de 13 de agosto de 2012, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, se autoriza el inicio del expediente de modificación número 3 por un importe adicional de 179.925.009,55 € (IVA incluido), correspondiente a los ejercicios 2012 a 2022, por otra parte se reduce el plazo de explotación de la concesión en 17 meses, lo que reduce el importe en 61.352.511,06 [€], resultando un incremento del contrato de 118.572.498,49 € (IVA incluido).

»El crédito previsto para 2012 en el vinculante 0522/312A02/20A00 asciende a 46.513.368,00 €, por lo que los compromisos



añadidos en las anualidades 2013 a 2022 suponen incrementos significativos, no siendo posible la cobertura de los mismos a menos que se realicen ajustes dentro del capítulo destinado a gastos corrientes en bienes y servicios, dentro del programa de atención especializada, cuyo crédito inicial en 2012 asciende a 785.658.161,00 € y cuyos compromisos para los ejercicios futuros alcanzarían las cifras [que se indican en el informe], una vez aprobada la modificación pendiente por el Consejo de Gobierno. (...).

»Asimismo, esta modificación supone una adquisición de compromisos para ejercicios futuros, superando los límites establecidos en el artículo 111 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Castilla y León”.

El mismo 14 de agosto la Dirección General emite un informe en relación con 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.

Ambos informes se incluyen en el documento nº 15 del expediente.

Decimocuarto.- El 14 de agosto se notifica a la Sociedad Concesionaria el contenido que se recogerá en la propuesta de resolución y se le concede plazo para formular alegaciones (documento nº 16 del expediente).

Decimoquinto.- El 21 de agosto la Sociedad Concesionaria presenta un escrito (documento nº 20 del expediente) en el que manifiesta lo siguiente:

- Por un lado, alega que “los costes financieros derivados de modificar la concesión deben incluirse totalmente en el reequilibrio”. Afirma que “el aumento de los márgenes bancarios de una nueva financiación que sea consecuencia del *ius variandi* de la Administración no está cubierto por el principio de riesgo y ventura; que los sobrecostes financieros en los que ha incurrido la Concesionaria deben ser reequilibrados en su totalidad [ya que] todos corresponden a exceso de inversión sobre la del contrato original”; y que el resto de costes adicionales (comisión de agencia, coste de asesores y comisión de apertura) también deben ser reequilibrados, por los motivos que aduce.



- Por otro lado, señala que la propuesta remitida no reequilibra a la Sociedad Concesionaria, por lo que la Administración incurriría en dos causas de resolución anticipada de la concesión: la derivada del incumplimiento esencial de la Administración de restablecer el equilibrio económico de la concesión; y la de ordenar modificaciones a la obra pública que superan el 20% del precio primitivo del contrato, "extremo éste que, debido al desdoblamiento del proceso de equilibrio seguido por [la] Gerencia y a la demora en que se ha incurrido, sólo ha sido posible confirmar a la vista de la propuesta de reequilibrio".

Decimosexto.- El 21 de agosto de 2012 se formula propuesta de resolución (documento nº 21 del expediente) relativa a la tercera modificación del contrato, que se concreta en los siguientes términos:

"1. Modificar el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1, añadiendo al mismo como elemento contractual el plan de equipamiento, incluyendo sus dos modificaciones aprobadas por Resoluciones del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 14 de octubre de 2010 y de 3 de noviembre de 2011.

»2. Aprobar el gasto correspondiente a este modificado por importe de 179.925.009,55 €, con cargo a la aplicación presupuestaria 05.22.312A02.20A.00.2, con la distribución de anualidades [entre 2012 y 2022 que indica la propuesta]. (...)

»El importe total del contrato de concesión, incluyendo este modificado, asciende a 1.395.541.308,31 €.

»3. Modificar el pago mensual al concesionario en los (...) términos [que recoge la propuesta].

»4. Aprobar la (...) retribución al concesionario para restablecer el equilibrio económico de la concesión por los conceptos y en los términos recogidos en la (...) propuesta.

»5. Acordar que el plazo de explotación de la concesión de la obra pública del Nuevo Hospital de xxxx1 es de 24 años, cinco meses y dieciséis días, y que el plazo total del contrato de concesión se mantiene en 30 años."



Decimoséptimo.- El 22 de agosto de 2010 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud manifiesta su opinión favorable a los términos de 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 justifican la modificación del contrato (documento nº 22 del expediente).

Decimoctavo.- El 23 de agosto de 2012 el Secretario General de la Consejería de la Presidencia 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 179.925.009,55 euros (IVA incluido) con la distribución por anualidades que se detalla, y acordando que el plazo de explotación de la concesión de la obra pública del Nuevo Hospital de xxxx1 quede establecido en 24 años, cinco meses y dieciséis días, manteniéndose el plazo total del contrato de concesión en 30 años (documento nº 23 del expediente).

Decimonoveno.- El 3 de septiembre de 2012 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.

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 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio (en adelante, TRLCAP). 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 disconformidad con la propuesta de modificación, 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, apartado 2, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con la disposición transitoria primera, apartado 2, 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 el TRLCAP 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 ley de 2007.

Corresponde a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.d), del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la modificación del contrato, además de los preceptos del TRLCAP 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 del TRLCAP 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 de los modificados del plan de equipamiento y montaje de las obras y del proyecto de ejecución del contrato de concesión de obra pública, mediante Resoluciones de 14 de octubre de 2010, 3 de noviembre de 2011 y 2 de julio de 2012.

- Autorización por el órgano competente del restablecimiento de equilibrio económico del contrato, previa emisión de un informe sobre el cálculo



de la TIR del proyecto, realizado por una consultora externa y remitido por la Consejería de Hacienda.

- Trámite de audiencia a la concesionaria, que manifiesta su conformidad con los términos de la modificación, salvo en lo relativo a la denegación de reequilibrio por los costes financieros derivados del aumento de los márgenes bancarios y por los costes ocasionados por las comisiones de agencia y por gastos de asesores.

- Informes preceptivos de la Dirección General de Presupuestos y Estadística de la Consejería de Hacienda.

- Informe sobre la propuesta de modificación del contrato de concesión de obra pública, emitido por 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 del TRLCAP al órgano de contratación, en este caso al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, según se desprende del artículo 1 del Decreto 9/2012, de 8 de marzo, de desconcentración de competencias del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León en el Director Gerente de este Organismo.

3ª.- El expediente sometido a consulta versa sobre la modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de xxxx1.

Este Consejo Consultivo tuvo ocasión de analizar la figura del contrato de concesión de obra pública, así como el ejercicio y los límites del *ius variandi*, en cuanto prerrogativa de la Administración, en el Dictamen 1.377/2010, emitido en relación con una modificación anterior de este mismo contrato. Por ello, las



observaciones realizadas en las consideraciones jurídicas 3ª y 4ª de dicho dictamen se dan por reproducidas en este momento.

Por lo que se refiere a la modificación propuesta, 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 imprevistas 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 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.

A) La primera de ellas, como ya se ha recogido en el antecedente de hecho decimosexto, consiste en la incorporación al contrato del plan de equipamiento con sus dos modificados, aprobadas por las Resoluciones de 14 de octubre de 2010 y 3 de noviembre de 2011, 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 las citadas resoluciones.

Por otro lado, si bien la modificación del proyecto ha supuesto un incremento del importe total de las obras inicialmente previsto superior al 20%, la Sociedad Concesionaria no ha solicitado expresamente y *ab initio* la



resolución del contrato, sino sólo el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión.

No obstante, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, aunque manifiesta su conformidad con gran parte del contenido de la propuesta de reequilibrio económico formulada por el órgano de contratación, discrepa en lo relativo a la denegación de compensación por los costes financieros derivados del incremento de los márgenes bancarios y por los gastos de asesores y de comisiones de agencia, ya que considera que todos ellos son consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por el órgano de contratación y no pueden incardinarse en el riesgo y ventura que ha de asumir el concesionario. Por ello, advierte que, en el caso de dictarse la resolución de acuerdo con la propuesta, concurrirían dos causas de resolución del contrato: el incumplimiento por la Administración de su obligación esencial de mantener el equilibrio económico de la concesión y la existencia de modificaciones de la obra pública que superan el 20% del precio primitivo del contrato.

Este Consejo comparte la procedencia de excluir los gastos de asesores externos y comisiones de agencia. En relación con los primeros, no pueden considerarse consecuencia directa de las modificaciones impuestas por la Administración, puesto que la Sociedad Concesionaria no estaba obligada a contratar dicho asesoramiento, por lo que, al ser un asesoramiento voluntario, no es susceptible de incluirse en el reequilibrio (este criterio se sostuvo en la aprobación del primer reequilibrio económico-financiero del contrato). En cuanto a las comisiones de agencia, se considera que su vinculación a los modificados aprobados por la Administración es mediata y no directa.

Respecto a los "costes financieros derivados del incremento de los márgenes bancarios", la propuesta de resolución argumenta la improcedencia de incluir en el reequilibrio "el sobrecoste financiero originado por el aumento del tipo de interés de la nueva financiación" de la siguiente manera: "en primer lugar, los intereses de la financiación del proyecto no aparecieron en su momento recogidos para el cálculo de la TIR inicial del proyecto (únicamente aparecen los intereses intercalarios, es decir, los devengados durante la fase de construcción de la obra, que precisamente por este motivo sí fueron tenidos en consideración en el primer reequilibrio) sino que se recogen en un momento posterior, para el cálculo de la rentabilidad del accionista; y en segundo lugar, la evolución de los mercados financieros que, según la propia sociedad



concesionaria en su solicitud de 28 de junio, justificaría este concepto (en concreto se alude al `endurecimiento de las condiciones bancarias en el mercado financiero`), aparece expresamente vinculado al riesgo y ventura de la adjudicataria en la cláusula 28 del pliego de cláusulas administrativas que rige para toda la vida de la concesión”.

Este Consejo comparte el criterio expuesto y reiterado por la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud.

De acuerdo con los datos obrantes en el expediente, no parece que los denominados sobrecostos financieros hayan de ser objeto del reequilibrio económico financiero ni, por tanto, dar lugar a compensación. Por un lado, como se indica en la propuesta, los intereses de la financiación del proyecto no aparecieron en su momento recogidos para el cálculo de la TIR inicial del proyecto, sino únicamente para calcular la rentabilidad del accionista. Por otro, el informe de la consultora externa señala que “La TIR del proyecto, tras los flujos adicionales propuestos, se mantiene en los niveles del momento de la licitación”, es decir, en el 7,11%.

Desde luego, resulta muy ilustrativo el Dictamen 407/2012, del Consejo de Estado, que se cita en el informe de la Asesoría Jurídica y señala lo siguiente: “Ha de partirse de que la propia concesionaria ha reconocido que con las tres medidas propuestas (incremento de amarres, de tarifas y de plazo concesional ya analizadas) la tasa interna de retorno del proyecto alcanzaba el 7,2%, idéntica a la de la proposición presentada en su día (puntos trigésimo y trigésimo primero de antecedentes). La Administración ha entendido también, según dos informes del inspector de la concesión, que esas medidas son suficientes para el restablecimiento del equilibrio económico (puntos trigésimo tercero y cuadragésimo cuarto de antecedentes). Esto resulta relevante, pues el artículo 248.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé que en el supuesto de fuerza mayor la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato. Y esto se cumpliría con el mantenimiento de la tasa interna de retorno o rentabilidad del proyecto”.

De lo expuesto se infiere que los sobrecostos financieros no conllevarían un desequilibrio económico sino tan solo una eventual minoración de los beneficios esperados por la concesionaria. Y, como ha señalado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2009, “El hecho



de que el contratista haya podido o no obtener un beneficio menor que el que entiende le pueda corresponder en ningún caso implica que el contrato haya dejado de ser oneroso o que se haya generado la ruptura del equilibrio económico-financiero”.

Por tanto, a la vista de los informes técnicos emitidos y dado que las alegaciones formuladas por la Sociedad Concesionaria no parecen suficientes para desvirtuar las afirmaciones contenidas en aquéllos, este Consejo Consultivo comparte el criterio recogido en la propuesta de resolución y considera que no han de incluirse en el reequilibrio financiero los gastos de asesores externos, de las comisiones de agencia y del sobre coste financiero originado por el aumento del tipo de interés de la nueva financiación.

B) 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. Únicamente, ha de ponerse de manifiesto, en relación con el modificado aprobado por Resolución de 3 de noviembre de 2011, que en el antecedente de hecho decimosegundo de la citada Resolución se indica que “Con fecha 3 de noviembre de 2011 [misma fecha de la Resolución] la Junta de Castilla y León autoriza subsanación de la omisión de función interventora previa, así como del expediente de autorización de este modificado nº 2 del plan de equipamiento y montaje (...)”.

C) 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 regirá 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 la consultora externa, se constata la incidencia de la modificación del proyecto en la TIR, y se afirma que está fuera de la franja de más/menos dos (+/- 2) puntos porcentuales de la TIR del proyecto base de adjudicación.



Por lo que se refiere a la 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 Estadística informa que esta modificación supone una adquisición de compromisos añadidos con cargo a ejercicios futuros (anualidades 2012 a 2022) que conlleva incrementos significativos, y que no es posible la cobertura de los mismos “a menos que se realicen ajustes dentro del capítulo destinado a gastos corrientes en bienes y servicios”.

Tal y como figura en el expediente, el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León, en su reunión del día 23 de agosto de 2012, adoptó, a propuesta del Consejero de Sanidad, el Acuerdo de autorizar a la Gerencia Regional de Salud la modificación del contrato.

Por su parte, la Intervención General, a la vista de la propuesta de modificación del contrato, informa que existe crédito adecuado y suficiente para atender la obligación de restablecer el equilibrio económico de la concesión y fiscaliza el gasto de conformidad.

D) Por último, se recoge en la propuesta examinada un quinto aspecto consistente en la reducción del plazo de explotación de la obra pública, que se fija en 24 años, 5 meses y 16 días (manteniendo como plazo total del contrato de concesión de obra pública el de 30 años).

Esta reducción del plazo de explotación constituye una consecuencia lógica derivada de la aprobación de los modificados debido a la aparición de nuevas necesidades, detalladas en el expediente, de la ampliación del plazo para la ejecución de la obra y del mantenimiento del plazo total del contrato. Debe tenerse en cuenta que la reducción del plazo de explotación es coherente con la compensación a la Sociedad Concesionaria, incluida en la propuesta de reequilibrio económico, por los ingresos dejados de percibir como consecuencia del aumento del plazo de ejecución de la obra, dotación de equipamiento y puesta a disposición al servicio público.



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, en los términos de la propuesta remitida, el contrato de concesión de obra pública suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la Sociedad Concesionaria qqqq1, S.A., para la construcción y explotación de éste.

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