

Expediente Núm. 154/2007
Dictamen Núm. 131/2007

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de octubre de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 29 de junio de 2007, examina el expediente relativo a la modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación del desdoblamiento de la Carretera AS-18, Oviedo-Porceyo; de la vía de servicio de la Carretera AS-18, entre Venta del Jamón y Venta de Veranes, y de la duplicación de la Carretera AS-17, Lugones-Bobes.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Resolución de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de fecha 29 de julio de 2005, se adjudica el contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación del desdoblamiento de la Carretera AS-18, Oviedo-Porceyo; de la vía de servicio de la Carretera AS-18, entre Venta del Jamón y Venta de

Veranes, y de la duplicación de la Carretera AS-17, Lugones-Bobes, a la proposición presentada por las empresas "X"; "Y" y "Z".

En la citada resolución se detalla el régimen económico financiero de la concesión y se establece que su plazo de duración es de 30 años, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, teniendo el contratista que ejecutar las obras en el plazo fijado en la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Se señala asimismo que el contratista deberá constituir "en un plazo máximo de 60 días naturales, contados desde la fecha en que le sea notificada la adjudicación (...), una sociedad anónima que será la titular de la concesión", y que la constitución de la garantía definitiva y la formalización del contrato tendrán lugar en el plazo máximo de setenta y cinco días naturales, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, disponiendo el concesionario de tres meses, desde el día siguiente al de formalización del contrato, para la confección de la versión definitiva del Plan Económico-Financiero que lo regirá y del contenido de los instrumentos de financiación del mismo.

Con fecha 29 de julio de 2005, las empresas "X"; "Y" y "Z" constituyen una sociedad mercantil anónima titular de la concesión, denominada "H", mediante escritura pública inscrita en el Registro Mercantil de Asturias.

Acreditada la constitución de la garantía definitiva y la suscripción de las pólizas y abono de las primas del seguro relativo a la fase de construcción, el día 9 de agosto de 2005 se formaliza el contrato administrativo, que es ratificado y elevado a público mediante escritura otorgada ante Notario en la misma fecha. Son "partes integrantes" del contrato, a tenor de lo establecido en su cláusula décima, "el pliego de cláusulas administrativas particulares, el pliego de prescripciones técnicas, la proposición presentada, el Plan Económico-Financiero, el Proyecto de construcción aprobado y la Resolución de fecha 29 de julio de 2005 de adjudicación".

Con fecha 2 de septiembre de 2005 se extiende el acta de comprobación de replanteo, iniciándose las obras al día siguiente.

Mediante Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de fecha 9 de febrero de 2006, se aprueba el plan económico-financiero del contrato.

Obran incorporados al expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1) Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de fecha 16 de noviembre de 2004, por la que se inicia el expediente para la contratación, por procedimiento abierto, mediante concurso, de la concesión de obra pública citada.

2) Pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares aprobadas para regir la contratación. En el pliego de cláusulas administrativas destacan las siguientes:

a) La cláusula 2.1, relativa al objeto del contrato, en la que se señala que comprende las siguientes actuaciones: la "duplicación de la Carretera AS-18, entre la glorieta de Pando (Oviedo) y la glorieta de Porceyo (Gijón)"; la "redacción del proyecto y ejecución de las obras del nuevo enlace de La Corredoria"; la "construcción de la vía de servicio de la Carretera AS-18, entre Venta del Jamón y Venta de Veranes" y la "conservación, reparación y reposición de las obras correspondientes a la vía de servicio"; la "construcción y explotación de un área de servicio en el tramo a desdoblarse en la Carretera AS-18"; la "conservación, reparación, reposición y explotación de la Carretera AS-18", y la "construcción de las obras de duplicación de la Carretera AS-17, entre Lugones y Bobes".

b) La cláusula 19.1.1, en la que se indica, respecto a la retribución del concesionario, que la Administración le abonará trimestralmente, en sustitución de los usuarios de la Carretera AS-18, una cantidad en función del tráfico de vehículos por "el tronco de la AS-18", entre las glorietas de Pando y Porceyo.

c) La cláusula 20.4.2, en la que se establece que "la Administración podrá modificar el contrato por razones de interés público que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente".

d) La cláusula 20.4.3, a cuyo tenor “la Administración del Principado de Asturias habrá de restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 del TRLCAP”.

3) Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, de 9 de diciembre de 2004, por el que se autorizan la contratación y el gasto plurianual correspondiente, por un importe total de seiscientos noventa millones quinientos ochenta y tres mil doscientos diez euros (690.583.210 €).

4) Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aprueba el expediente de contratación y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación.

2. Con fecha 29 de noviembre de 2006, el Ingeniero Inspector de la Concesión, con el visto bueno del Director General de Carreteras, solicita autorización para la redacción del proyecto Modificado N° 1 de la concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación del desdoblamiento de la Carretera AS-18, Oviedo-Porceyo; de la vía de servicio de la Carretera AS-18, entre Venta del Jamón y Venta de Veranes, y de la duplicación de la Carretera AS-17, Lugones-Bobes.

En dicha solicitud expresa el alcance de la modificación que propone y señala el conjunto de necesidades nuevas y causas imprevistas que la justifican, cuyo esquema sería el siguiente: 1) Prolongación del tramo Lugones-Bobes mediante la construcción de un nuevo eje Bobes-San Miguel de la Barreda, motivado por la necesidad de integrar la AS-17 con los sistemas generales que den servicio al Polígono Industrial de Bobes, cuyo trazado definitivo no pudo determinarse antes del inicio de la fase de licitación por encontrarse entonces en fase de estudio el Plan Parcial Bobes Industrial. 2) Reubicación de las áreas de servicio y mantenimiento que el adjudicatario se había comprometido a construir en una parcela del Concejo de Llanera, a la altura del p.k. 11+560, justificada por la imposibilidad de ubicar en la zona

ningún tipo de instalación industrial debido a la calificación que el Plan General de Ordenación Urbana del concejo, cuya modificación se encuentra “actualmente en curso”, otorga al suelo. 3) Realización de otros ajustes que se califican como “meramente técnicos” o “de menor importancia y con nulo incremento presupuestario”, consistentes en: a) la sustitución de la glorieta central del enlace de Viella por dos glorietas laterales, justificada por el propósito de incrementar tanto la seguridad vial como la fluidez del tráfico; b) la realización de ajustes de rasante entre el p.k. 10+500 y el 10+600 por afección del gasoducto León-Oviedo, “proyectado con posterioridad a la adjudicación del concurso”, y de trazado a la altura del p.k. 13+550, en el nuevo enlace de Venta del Jamón, por afección del gasoducto Burgos-Santander-Asturias, “que no fue informado por Enagas a la hora de redactar el proyecto”, y c) la igualación de rasantes en las calzadas ubicadas entre los p.k. 14+060 y 15+480, desplazando el encauzamiento del Arroyo Veranes, con el propósito de evitar “la afección a la arboleda de la margen derecha y el riesgo de inestabilidades en unos taludes de altura muy considerable”.

Afirma el solicitante de la autorización que las modificaciones que se plantean “se estiman absolutamente necesarias para llevar a buen término el objeto del contrato principal, adecuándolo a las nuevas circunstancias descritas (...), mejoran el servicio dado al interés público, permiten entregar al uso público un tramo completo de la AS-17, y aumentan la seguridad general del tráfico durante la fase de construcción de las obras”.

Señala, en cuanto al coste, que el “incremento presupuestario de la modificación, expresado en términos del VAN de los Costes Totales de Inversión, que asciende a 143.884 miles de euros (sin IVA) en el Plan Económico Financiero aprobado, no supera el 20%”, e indica, respecto del plazo de ejecución, que se amplía en dieciocho meses como consecuencia de las obras de construcción del nuevo tramo Bobes-San Miguel de la Barreda.

Finalmente, concluye que “debido a las modificaciones propuestas en el contrato de concesión (...) y de las nuevas necesidades de fondos que se generan, es necesario el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de

la concesión”, por lo que anticipa que deberán adoptarse las medidas previstas en “los artículos 250 y 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

3. Por Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de 4 de diciembre de 2006, se autoriza iniciar el procedimiento para la modificación de referencia, lo que se notifica a la empresa contratista y a la Dirección General competente.

4. Se ha incorporado al expediente, como consecuencia del requerimiento efectuado por este Consejo en el trámite de una consulta inicial sobre el mismo asunto, un documento de fecha “diciembre de 2006”, sin firma, titulado “Memoria/Modificado N° 1”, en el que figuran el membrete de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras y el anagrama de la concesionaria.

En dicho documento se describen las mismas actuaciones que se reflejan en la solicitud de autorización para la redacción del proyecto modificado y, además, otras no contempladas expresa e individualmente en aquélla, tales como: unificación del ancho de mediana y ajustes de rasante en diversos puntos de la AS-18; redimensionado de tableros de vigas artesas en pasos inferiores; actuaciones en la pérgola sobre F.F.C.C. en p.k. 0+620; sustitución de estribos en el paso superior 2.8 y en el paso inferior 3.7, ambos en el desdoblamiento de la vía AS-18; reducción del ancho del tablero en el paso inferior 4.1; redistribución de vanos en el viaducto de la AS-17; retranqueo del estribo y sustitución de vigas del paso inferior sito en el p.k. 8+180; construcción de un nuevo tablero en el paso superior 17.2; redimensionado de vigas en los pasos superiores 1.12 y 1.17; nueva cimentación en el paso superior p.k. 2.38 y nuevo cálculo del tablero en el falso túnel de Bobes; sobreexcavación e instalación de un sistema de control de movimientos en los falsos túneles de Pando y Carbayo; nuevas actuaciones de contención en taludes y construcción de nuevas escolleras en AS-17 y AS-18; construcción de

paso inferior en p.k. 5+400, con la finalidad de contribuir a la fluidez del tráfico durante las obras; modificación del paso inferior en el p.k. 8+180, elevación de rasante y nuevo cálculo de pilas, estribos y tablero en el viaducto sobre A-66, y cambio de vanos en el paso superior 15.4, con el propósito de evitar afecciones a otras infraestructuras; reducción del canto del tablero en el paso inferior 9.2, con la intención de asegurar la viabilidad de futuras construcciones; sustitución de muros de hormigón armado "in situ" por muros prefabricados de contrafuertes de igual resistencia en varios puntos, con el objeto de reducir el plazo de ejecución.

Tras reproducir las consideraciones ya establecidas en la solicitud de autorización a propósito del coste del modificado, plazo de ejecución y revisión del sistema de tarifas a abonar al contratista, se reitera a modo de conclusión que "las modificaciones y ampliación propuestas se estiman absolutamente necesarias para llevar a buen término el objeto del contrato, adecuándolo a las nuevas circunstancias (...), mejoran el servicio dado al interés público (...), limitan la afección a servicios públicos en funcionamiento y aumentan la seguridad general del tráfico durante la fase de construcción de las obras".

5. Con fecha 12 de diciembre de 2006 se emite informe de supervisión del proyecto modificado, con la conclusión de que, a los efectos de su aprobación, el proyecto contiene los documentos precisos para su realización y cumple en este sentido los requisitos exigidos legalmente.

En el informe se citan las "modificaciones más relevantes" contempladas en dicho proyecto: "inclusión del tramo Bobes-San Miguel de la Barreda, reordenación del enlace de Viella, y ajustes menores de trazado en diversos puntos de la AS-18". En el apartado dedicado al presupuesto, se expone que asciende a ciento cincuenta y un millones novecientos sesenta y seis mil setecientas treinta y un euros con trece céntimos (151.966.731,13 €), precisando que "no se hace referencia en el proyecto Modificado N° 1 al coeficiente de adjudicación, ya que se trata de una concesión, con lo que en el presente informe (...) únicamente se hace referencia al presupuesto que

supone la ejecución de la obra". En el apartado relativo al sistema tarifario, se señala que el "Modificado N° 1 (VAN en costes totales) supone un 19,15% de incremento".

6. Por Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de 15 de diciembre de 2006, se aprueba el proyecto técnico Modificado N° 1 del de las obras correspondientes.

7. Con fecha 16 de diciembre de 2006, se levanta el acta de replanteo del proyecto Modificado N° 1 correspondiente al contrato referenciado, haciendo constar que "se procedió al replanteo de la obra, comprobando la realidad geométrica de la misma y la viabilidad del proyecto".

8. Consta en el expediente un documento, sin fecha ni firma, con el emblema del Gobierno del Principado de Asturias y el anagrama de la concesionaria, titulado "Propuesta de restablecimiento del equilibrio económico-financiero", en el que "se detallan las modificaciones introducidas en el nuevo Plan Económico-Financiero".

El contenido del citado documento es analizado por la empresa "M" en un informe, fechado el 7 de marzo de 2007, relativo a la "revisión de la propuesta de modificación (por ampliación de obras) del plan económico financiero" aprobado para regir el contrato de referencia. En dicho informe se señala que "el concesionario propone una revisión al alza del 22,81% en las tarifas establecidas en el contrato. Esta revisión viene a restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión considerando las nuevas obras previstas (...). Estas nuevas tarifas se incorporan en la propuesta de PEF modificado desde el 1 de noviembre de 2008, fecha prevista de la puesta en servicio del tramo ampliado".

La justificación del restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión deriva, de acuerdo con el análisis de la propuesta del concesionario realizada por el informe de revisión, del aumento de las

inversiones generadas por la ampliación de las obras, que suponen, a su vez, mayores gastos operativos y financieros.

9. El día 9 de marzo de 2007, la Jefa del Servicio de Contratación formula propuesta de resolución de aprobación del expediente relativo al Modificado Nº 1 de las obras de referencia. Tras resumir los antecedentes que obran en el expediente, se citan los fundamentos jurídicos en los que la propuesta se basa. En el fundamento de derecho quinto se describen, “en líneas generales”, las actuaciones que comprende la modificación proyectada, señalándose, en el fundamento de derecho sexto, que concurren “razones de interés público que aconsejan la modificación de la concesión”, en particular, la contribución a la vertebración de la red viaria mediante la conexión de la Carretera AS-17 con la A-8 y la optimización de “los recursos de explotación previstos en la AS-18 y AS-17, generando la consiguiente economía de escala contra los sobre costes que tendría un contrato aislado”, identificando la “evolución urbanística del Polígono de Bobes” como justificante de la naturaleza sobrevenida de la modificación propuesta. En relación con esta última cuestión, se señala que, con fecha 9 de noviembre de 2001, se aprobó inicialmente el Plan Especial para el desarrollo de la ordenación del polígono, aunque no llegó a aprobarse de modo definitivo como consecuencia de la previsión de un desdoblamiento de la AS-17 que atravesaría el polígono. Como se narra en la propuesta mencionada, sucedió que, pese a que inicialmente se había contemplado la realización de un proyecto conjunto para el desdoblamiento (Lugones-Bobes y Bobes A-8), “la Consejería consideró preferible afrontar inicialmente tan sólo el tramo del desdoblamiento hasta Bobes”, segregando de la redacción del proyecto el otro tramo, con el objeto de resolver en su momento, adecuadamente y de forma conjunta, las necesidades de la carretera y los viales y los servicios del futuro polígono, y ajustar los costes totales de los dos equipamientos. Aprobado el proyecto de construcción con fecha 12 de julio de 2004, y “una vez que el procedimiento de licitación del contrato (...) ya estaba iniciado”, el día 23 de febrero de 2005 la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del

Principado de Asturias aprobó definitivamente el Plan Parcial Bobes Industrial, que culmina el planeamiento del polígono.

Respecto al cambio de emplazamiento de las áreas de servicio y mantenimiento, se justifican, según la propuesta, “por una mejor prestación del servicio público al reducir los tiempos de actuación por disponibilidad de dos zonas de servicio y hacer viable la concesión de la zona de servicio al ser compatible con la revisión del Plan del Concejo de Llanera al posicionarla en una ubicación compatible con el Plan”, y, en cuanto a los ajustes “meramente técnicos”, se indica como justificación que “mejoran la funcionalidad de la vía sin incremento presupuestario”.

En el fundamento de derecho séptimo se indica, respecto al plazo contractual, que, como consecuencia de la modificación, el plazo de ejecución de las obras se prolonga en dieciocho meses, manteniéndose invariable el plazo de duración de la concesión.

En el fundamento de derecho octavo se trata el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, precisando que “el concesionario propone una revisión al alza del 22,81% de las tarifas establecidas en el contrato”.

En el fundamento de derecho noveno se afirma que “la modificación del proyecto implica una alteración en el `precio del contrato´ inferior al 20 por 100 si se toma en cuenta el valor actualizado neto (VAN) de los costes totales. De acuerdo con el Plan económico financiero aprobado por Resolución de fecha 9 de febrero de 2006, el valor actualizado neto (VAN) de los costes totales, que incluye el VAN de cantidades previstas para la ejecución de las obras e instalaciones a construir, VAN de cantidades previstas para la adquisición y construcción de los bienes inmuebles necesarios para la explotación y VAN de cantidades previstas para inversiones y costes de todo tipo para el mantenimiento y explotación ascendía a la cantidad de 142.872.000 €. El modificado cuya aprobación se pretende implica un incremento del VAN de los costes totales por importe de 27.382.000 € lo que supone un aumento del 19,17 por 100./ Por otra parte (...), si se tiene en cuenta el importe máximo

previsto de las cantidades a abonar por la Administración a la concesionaria durante el periodo concesional en euros corrientes que asciende a la cantidad de 546.817.757 €, la modificación del contrato que, en estos términos, supondría un importe de 136.065.518 €, implicaría una alteración superior al 20 por 100, en concreto del 24,88 por 100. Finalmente si tomamos en cuenta las tarifas que resultan de aplicación el modificado implica una revisión al alza del 22,81% en las tarifas establecidas en el contrato”.

Considera el Servicio proponente que “a efectos de determinar el porcentaje de aumento del presupuesto del modificado, el parámetro que ha de tenerse en cuenta es el del valor actualizado neto (VAN) de los costes totales de la inversión (...). Esta cantidad y los sumandos que la conforman (...) fue uno de los criterios de adjudicación del concurso y es la que se tuvo en cuenta para el cálculo de la garantía definitiva”, afirmando que “el concepto de `precio del contrato´ como valor exacto y determinado no es asimilable automáticamente, en esta modalidad contractual, al gasto máximo comprometido por la Administración para hacer frente a las obligaciones que de aquél se deriven, pues dicho compromiso crediticio no coincidirá necesaria e indefectiblemente con el precio (canon) que finalmente haya de satisfacer la Administración al concesionario, montante que dependerá de la intensidad de los tráficos que circulen por la infraestructura”.

10. El día 22 de marzo de 2007 emite informe un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él se hacen, entre otras, las siguientes consideraciones: “no se cumple con lo que exige el artículo 146.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así, por ejemplo, no obra en él la solicitud del Director Facultativo (...). El informe de supervisión no se ajusta a lo que exige el artículo 136.1 del Reglamento General (...), porque no se refiere (...) a todos los elementos que de acuerdo con la memoria son objeto de modificación y (...) porque no expresa su opinión, lo único que hace es decir lo que dice el autor del proyecto, pero sin comprobarlo, que es para lo que está la supervisión (...). Según el documento

que se lea, la longitud de la prolongación del tramo Lugones-Bobes de la AS-17 es de 2,4 km (memoria), 2,5 km (solicitud de autorización para la redacción del proyecto modificado) ó 2,6 km (informe de revisión de la propuesta de modificación". Según dicha solicitud, "la modificación se refiere a la longitud del tramo Lugones-Bobes, a la ubicación de las áreas de servicio, al aumento de las expropiaciones y a `otros ajustes meramente técnicos´ (...) de los que se dice tienen `nulo incremento presupuestario´. Sin embargo, en la memoria del proyecto modificado hay hasta 19 elementos que se modifican y de ellos, el séptimo, de otros 24. Por otra parte, algunos que aparecen mentados en la solicitud no aparecen en la memoria (...) y viceversa (...). No se sabe si alguno de ellos lleva aumento de presupuesto./ Vista la diferencia entre solicitud para redactar el proyecto modificado y la memoria de éste, tiene que aclararse qué cambios llevan a un aumento del presupuesto, si alguno de ellos es a solicitud del concesionario y si afecta a algún elemento de los propuestos en la variante que le fue adjudicada./ Ni el informe del Ingeniero Inspector de las obras (...) ni la propuesta de resolución aclaran por qué vale que para el cálculo del VAN de los ingresos a percibir de la Consejería en el primer y en el último año el concesionario haga como si fueren años enteros, cuando no es así". Por ello, concluye, que "ha de devolverse el expediente a la Consejería", al objeto de adecuar el mismo a las consideraciones formuladas.

11. Con fecha 23 de marzo de 2007, una empresa consultora elabora un informe, a petición de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, en el que puntualiza que, a efectos de cálculo del VAN de los ingresos a percibir de la Consejería, "la concesionaria considera que el primer y último año de explotación son anualidades completas y no 8 meses de explotación en cada año como establecen (...) las proyecciones del PEF. Este cálculo del VAN es una estimación simplificada que el concesionario realiza sobre los pagos a realizar por la Administración, pero que no afecta al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión".

12. El día 23 de marzo de 2007 el Ingeniero Inspector de las Obras suscribe una “nota aclaratoria al informe emitido por el Servicio Jurídico”. En él señala que la longitud de la prolongación del tramo Lugones-Bobes es de 2.427,004 m, puntualizando que “el valor exacto de esta longitud no influye en los parámetros fundamentales del Plan Económico Financiero, toda vez que no hay relación matemática alguna que los vincule”.

En cuanto a los elementos del contrato que se modifican, se afirma que se citan en la solicitud de autorización “de manera simplificada y sucinta, sin ánimo de ser exhaustivo”, detallándose todos ellos en el proyecto.

Respecto al incremento presupuestario que el modificado supone, se informa que “obedece exclusivamente a las obras de nueva ejecución con la prolongación del tramo Lugones-Bobes, sus expropiaciones y a las futuras tareas de explotación, mantenimiento y conservación del vial”.

Sobre el VAN a percibir por la Consejería, se indica que “el VAN por año completo sólo pretende ser una previsión de máximos, toda vez que el pago de las anualidades será el que surja de aplicar la tarifa al número de vehículos que efectivamente pasen por cada tramo”, indicando que se remite “PEF corregido al respecto”.

13. En un escrito de fecha 26 de marzo de 2007, la autora del informe de supervisión del proyecto modificado afirma, a propósito de las observaciones incluidas en el informe del Servicio Jurídico sobre el de supervisión, que no estima necesario hacer referencia en él a todos los elementos que son objeto de modificación por estar ya incluidos en la memoria del proyecto que se supervisa, y que el informe de supervisión tiene por objeto verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, quedando al margen de la configuración legal de dicho informe la expresión de la opinión del supervisor.

14. El día 26 de marzo de 2007 se remite nuevamente al Servicio Jurídico para informe el expediente relativo a la modificación, acompañado de una nueva

propuesta de resolución, suscrita por la Jefa del Servicio de Contratación en la misma fecha, a la que se incorpora, como fundamento de derecho décimo, un apartado nuevo en el que se analiza la documentación incorporada al expediente tras la emisión del primer informe del Servicio Jurídico.

15. Con fecha 30 de marzo de 2007, el Servicio Jurídico informa el expediente de modificación, considerando que “la solicitud de autorización para la redacción de proyecto modificado y la memoria de éste justifican que los cambios propuestos cumplen con lo que establecen los artículos 101 y 250 del Texto Refundido”, por lo que concluye informando que “puede aprobarse el expediente”, aunque “antes debería de completarse el informe de supervisión”, en el sentido de incluir la comprobación de todos los elementos que se modifican.

16. El día 4 de abril de 2007, el Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras solicita de la Dirección General de Presupuestos la emisión de informe sobre el expediente relativo a la modificación contractual en trámite, emitiéndolo la Jefa del Servicio de Presupuestos, con la conformidad de la Directora General, el día 11 del mismo mes.

Se refleja en el citado informe que cabe señalar, “respecto a las limitaciones para gastos plurianuales contenidas en el artículo 29 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario, aprobado por el Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/98, de 25 de junio, (...) que la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 2007, exime de cumplir esos requisitos y limitaciones a los gastos plurianuales que se adquieran en orden a financiar las obras de duplicación de calzada de la Carretera AS-18, Oviedo-Gijón”.

17. Consta en el expediente un escrito, fechado el día 12 de abril de 2007, por el que el Director General de la empresa concesionaria manifiesta su conformidad con “los términos de la modificación” propuesta.

18. Con fecha 13 de abril de 2007, la Interventora General fiscaliza de conformidad el expediente relativo a la autorización del gasto para la ejecución del proyecto Modificado Nº 1, indicando, no obstante, que la materialización en el sistema de información contable se llevará a cabo “una vez emitido el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo puesto que el precio del modificado (importe de las tarifas que serán abonadas por la Administración (...) al contratista) supera el 20% del precio primitivo del contrato cuya cuantía inicial asciende a 546.817.757 euros”.

19. Consta en el expediente propuesta de Acuerdo de autorización por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias del gasto para hacer frente al modificado, por importe de ciento treinta y seis millones sesenta y cinco mil quinientos diez y ocho euros (136.065.518 €).

20. En respuesta a lo manifestado por este Consejo en el trámite de una consulta inicial sobre el mismo asunto hallando incompleto el expediente administrativo, consta incorporado al que ahora se nos remite un informe, suscrito el 25 de junio de 2007 por el Ingeniero Jefe del Servicio de Construcción de la Dirección General de Carreteras, relativo a la justificación de la improcedencia de convocar una nueva licitación por las unidades constitutivas de la modificación.

En el citado informe se afirma que tal justificación deriva del carácter accesorio del desdoblamiento de la AS-17 hasta la A-8 respecto de la duplicación de las Carreteras AS-17 y AS-18, de tal manera que la realización de las tareas de construcción y conservación del conjunto por un mismo concesionario contribuye a “optimizar los recursos de explotación previstos en

la AS-18 y AS-17, generando la consiguiente economía de escala contra los sobre costes que tendría un contrato aislado”.

21. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de junio de 2007, registrado de entrada el día 4 del mes siguiente, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación del desdoblamiento de la Carretera AS-18, Oviedo-Porceyo, de la vía de servicio de la Carretera AS-18, entre Venta del Jamón y Venta de Veranes, y de la duplicación de la Carretera AS-17, Lugones-Bobes.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 240.2 y 249.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Nuestro pronunciamiento se efectúa a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- La calificación del contrato, atendiendo a su naturaleza, es la de administrativo de concesión de obras públicas, por lo que su régimen jurídico básico es el establecido en el Libro II, Título V, 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), sus disposiciones de desarrollo y la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho Título; sin perjuicio de la aplicación al mismo, en su defecto, de las disposiciones relativas a los contratos de las Administraciones Públicas establecidas en el Libro I de la citada norma y en el Reglamento General de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

De acuerdo con la normativa de aplicación y el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado, el contrato se ejecutará con estricta sujeción a los pliegos aprobados, así como al plan económico-financiero, a la proposición y el proyecto presentados por el adjudicatario y aprobados por la Administración, y siguiendo las instrucciones que, en ejercicio de las potestades administrativas de interpretación del contrato y de dirección, inspección y control, diere al contratista el inspector de las obras; pudiendo el órgano de contratación introducir modificaciones en los elementos integrantes del contrato, por razón de interés público, con los límites y en los términos y condiciones establecidos en la ley.

TERCERA.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del TRLCAP, la Administración “podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente (...) y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquella”. Ejemplo de éstas es la potestad de modificar los elementos integrantes del contrato administrativo una vez perfeccionado, a la que se refieren los artículos 59, 101 y 249 del TRLCAP, este último relativo al contrato de concesión de obras públicas.

La posibilidad de que el órgano de contratación modifique los contratos celebrados implica una prerrogativa especialmente privilegiada de la Administración, por cuanto supone una excepción al principio de invariabilidad que preside, como regla general, las relaciones contractuales, y, en atención a

ello, dicha potestad se encuentra reglada en su ejercicio, debiendo someterse de forma estricta a las exigencias del interés público y a los precisos límites que, para la protección de ese interés, impone la legislación.

En términos análogos a lo dispuesto en el artículo 101.1 del TRLCAP, el artículo 240, apartado 1, del mismo texto legal establece 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”.

Desde un punto de vista material o sustantivo, la modificación ha de responder a razones de interés público, debiendo ser consecuencia de necesidades nuevas o causas imprevistas, que deberán quedar debidamente justificadas. En todo caso, las causas imprevistas no pueden confundirse con defectos o imprevisiones del proyecto inicial, de tal modo que bajo dicho concepto sólo encontrarían acomodo aquellas causas razonablemente imprevisibles en el proyecto originario que, además, deben quedar debidamente justificadas, señalándose por qué no pudieron preverse en el proyecto primitivo y sí en la modificación. De la misma manera, tampoco puede admitirse una genérica invocación de nuevas necesidades, que han de ser concretadas en cada caso de forma suficiente, para evitar que, al amparo de una modificación contractual fundada en tales presupuestos, se eluda una nueva contratación, con el consiguiente quebranto de los principios de publicidad y concurrencia.

El artículo 250 del TRLCAP dispone, en relación con las prerrogativas y derechos de la Administración cuando de un contrato de concesión de obras públicas se trate, que el órgano de contratación “podrá acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación o la ampliación de la obra pública, así como la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta”, añadiendo el mismo artículo, en su apartado 3, que las “modificaciones que, por sus características físicas y económicas permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación”.

Adicionalmente, la modificación de los contratos exige el cumplimiento de unos requisitos de naturaleza formal, en cuanto que el ejercicio de la potestad ha de ajustarse, en garantía del interés público, a las normas procedimentales que la justifican. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto del ejercicio por parte de la Administración de su prerrogativa de modificación.

Los requisitos formales generales aplicables a las modificaciones de los contratos de concesión de obras públicas, como sucede en el procedimiento que examinamos, se encuentran establecidos en los artículos 101, 240, 249 y 250 del TRLCAP, así como en los artículos 97 y 102 del RGLCAP, a cuyo tenor resultan necesarias: una propuesta de la Administración o una petición del contratista; la memoria explicativa e informe propuesta del director o directora del contrato o propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla; la autorización del órgano de contratación para iniciar el procedimiento; la redacción, supervisión y aprobación del proyecto modificado correspondiente; la audiencia del contratista; el informe del Servicio Jurídico; el informe de fiscalización previa, y la aprobación del gasto complementario preciso y del expediente.

Toda modificación de la obra pública objeto de concesión que afecte a su equilibrio económico, requerirá mantener éste en los términos considerados para la adjudicación de conformidad con lo legalmente establecido, y el plan económico-financiero deberá recoger los ajustes necesarios como consecuencia del incremento o disminución de los costes con ocasión de las eventuales modificaciones en el proyecto.

Dispuesta por el órgano de contratación la modificación del contrato y notificada al contratista, deberá procederse al reajuste de la garantía definitiva de la fase de construcción de las obras, en los términos de lo establecido en la cláusula 17.4 de las del pliego de cláusulas administrativas particulares (así como en los artículos 41 y 42 del TRLCAP); debiendo formalizarse la modificación en documento administrativo o, si el contratista lo solicita y a su costa, en escritura pública, según las reglas establecidas en la cláusula 18 del

pliego de las administrativas particulares, en relación con el artículo 101.2 del TRLCAP.

Con independencia de cuál sea el precio del contrato, según lo dispuesto en el artículo 240.2 del TRLCAP, siempre que el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por 100 del importe total de las obras inicialmente previsto o que representen una alteración sustancial del proyecto inicial, la modificación faculta al concesionario para solicitar la resolución del contrato, por lo que para modificarlo se requiere, además, su conformidad.

Asimismo, en los términos de lo establecido en el artículo 249.2 del TRLCAP, en los casos de las modificaciones en la fase de ejecución que puedan dar lugar a la resolución, citadas en el párrafo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

CUARTA.- En cuanto a los requisitos formales o procedimentales a que debe ajustarse la modificación proyectada, observamos que se han incorporado al expediente los preceptivos informes de supervisión, del Servicio Jurídico y de fiscalización por la Intervención General, y el informe de contenido presupuestario emitido al respecto por la Dirección General de Presupuestos.

Figura asimismo entre la documentación remitida a este Consejo un informe justificativo de la improcedencia de una nueva licitación. Tal informe debería haber sido elaborado al inicio del procedimiento de modificación, en la medida en que, conforme al artículo 250.3 del TRLCAP, la modificación de la obra pública queda expresamente prohibida respecto de aquellas actuaciones “que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente”, en cuyo caso habrán de ser objeto de una nueva licitación. Dado que el carácter accesorio o subordinado de las unidades de obra que constituyen el modificado contribuye a determinar la legitimidad del procedimiento de modificación, no debería haberse demorado tal justificación hasta el punto de ser elaborada “en contestación al escrito del Consejo Consultivo del Principado de Asturias de fecha 18 de junio de 2007”.

Consta también en el expediente propuesta de revisión del plan económico-financiero, en orden al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, mediante la modificación de las tarifas a percibir por el contratista, que se aplicará desde la fecha en que se ponga en servicio el vial de prolongación del tramo Lugones-Bobes.

Se ha incorporado al procedimiento un escrito en el que el Director General de la concesionaria manifiesta la conformidad de su empresa con la modificación proyectada, aunque no se ha acreditado en el expediente remitido a este Consejo que el firmante, distinto de los mancomunadamente habilitados en virtud del poder conferido por la escritura otorgada el 29 de julio de 2005, se encuentre investido de apoderamiento bastante para vincular contractualmente a la empresa. No obstante, puesto que la Administración ha admitido, sin más, la representación del firmante, podríamos entender que quien suscribió la conformidad pudo actuar como "factor notorio", resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio. En cualquier caso, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en orden a la subsanación de la falta de acreditación de la representación, por lo que deberá formularse el oportuno requerimiento, con carácter previo a la autorización de la modificación, en el plazo de diez días o en un plazo superior si las circunstancias lo exigen. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Asimismo, ha sido incorporada al expediente la propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias relativa a la autorización del gasto correspondiente a la modificación contractual. Con arreglo a lo establecido en el artículo 37 de la Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13

de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en relación con los artículos 240, 249 y 250 del TRLCAP, el órgano competente para acordar la modificación es el de contratación, si bien requerirá previa autorización para ello del Consejo de Gobierno -lo que no consta de forma explícita en la propuesta que se nos ha remitido, en la que únicamente se pretende autorizar el gasto preciso pero no la modificación del contrato administrativo-, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la ya citada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, en relación con los artículos 29 y 41 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, el artículo 8 de la Ley del Principado de Asturias 10/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2007, y el artículo 12.2 del TRLCAP, al corresponder al Consejo de Gobierno autorizar el gasto preciso para hacer frente a la modificación, por razón de su cuantía y por comprometerse fondos públicos de carácter plurianual, y al ser dicho órgano el que autorizó la celebración del contrato primitivo y tratarse de una modificación que sería causa de resolución de aquél.

Puesto que, como hemos manifestado en la consideración anterior, las exigencias de procedimiento condicionan el ejercicio por la Administración de su prerrogativa de modificación, el acto aprobatorio de dicha modificación por el órgano de contratación no debe adoptarse sin la previa autorización expresa del Consejo de Gobierno. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- Teniendo en cuenta las exigencias legalmente establecidas y considerando que la modificación propuesta supone, en este caso, una variación superior al 20% del importe total de las obras inicialmente previsto, advertimos, respecto a los presupuestos materiales de la modificación, que la prolongación del nuevo tramo Bobes-San Miguel de la Barreda en la AS-17, necesaria para poner en servicio (como se señala en la memoria) "los 800 m de

desdoblamiento que median entre el enlace de Viella y el final del tramo Lugones-Bobes comprendido en la concesión”, se encuentra justificada por la necesidad nueva, surgida con posterioridad a la licitación del contrato y determinada por la aprobación del Plan Parcial Bobes Industrial (con la concreción del trazado definitivo del eje del polígono), de integrar la prolongación de la Carretera AS-17 y el desarrollo de los viales y servicios del polígono industrial, conectando el tramo Lugones-Bobes de dicha carretera con el enlace de Marcenado. Como se ha aducido en la solicitud de autorización para el estudio del proyecto modificado, el desarrollo del repetido polígono industrial conlleva una indudable afección territorial y ésta reviste del interés público necesario la mayor vertebración de la red viaria del área central de Asturias pretendida con la modificación. Asimismo, se ha acreditado que la ejecución del nuevo tramo por el mismo concesionario de las obras de prolongación de la AS-17, contribuye a optimizar los recursos de explotación previstos, evitando el mayor coste que tendría su contratación aislada.

En cuanto al resto de trabajos que incluye la modificación, no se ha justificado en todos los supuestos el carácter sobrevenido de las causas aducidas para llevarlos a cabo, que en algunos casos incluso parecen derivar de deficiencias técnicas que debieron ser previstas y abordadas con carácter previo a la aprobación del proyecto original. No obstante, atendidos los informes emitidos acerca de la ausencia de coste o repercusión presupuestaria del conjunto de tales modificaciones, consideramos que se han aportado razones de interés público suficientes para la modificación del contrato, como son la mejora de la funcionalidad de la vía y, con ello, del servicio a los usuarios de la carretera, así como el aumento de la seguridad del tráfico.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendidas las observaciones esenciales y consideradas las demás contenidas en el cuerpo de este dictamen, procede la aprobación de la modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción,

conservación y explotación del desdoblamiento de la Carretera AS-18, Oviedo-Porceyo; de la vía de servicio de la Carretera AS-18, entre Venta del Jamón y Venta de Veranes, y de la duplicación de la Carretera AS-17, Lugones-Bobes, sometida a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.