

## 6/08 CLÁUSULA DE PROGRESO. CONCEPTO DE «NORMATIVA TÉCNICA»

**El informe trata sobre la denominada «cláusula de progreso», que establece a cargo del concesionario de una obra pública la obligación continuada de incorporar determinadas innovaciones técnicas. Se interpreta el artículo 230.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, analizando qué debe entenderse a estos efectos por «normativa técnica» y cómo se restablece el equilibrio económico en las concesiones de autopistas de peaje, obligadas a asumir el coste de las nuevas exigencias de seguridad en los túneles de carreteras\*.**

### DICTAMEN

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre las consecuencias jurídicas que se producen en las concesiones de autopistas de peaje debido a «la aprobación en los últimos años de varias disposiciones de diverso rango sobre requisitos mínimos de seguridad de túneles, sobre sistemas de contención de vehículos, sobre sistemas de protección de motoristas, etc.»

Junto con el escrito de consulta se ha remitido:

**1.** Un borrador de informe sobre el asunto, elaborado por la Dirección General de Carreteras (Subdirección General de Conservación y Explotación).

**2.** Los diferentes escritos remitidos por las empresas concesionarias al Ministerio de Fomento en respuesta al requerimiento que les ha realizado éste para que:

- Revisen si cumplen la normativa vigente las barreras de contención de vehículos que tienen instaladas;
- Presenten un plan de adecuación a la Orden Circular 18/2004 sobre sistemas de protección para motoristas.

La respuesta de las empresas concesionarias, dicho sea en síntesis, ha sido que no están obligadas a adaptar las autopistas en explotación a la

---

\* Informe emitido el 15 de enero de 2009 por D. Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Fomento.

**6/08** Orden Circular 18/2004 y que, en cualquier caso, no tienen que soportar el coste de tales actuaciones.

El escrito de consulta plantea también la cuestión de si las empresas concesionarias de autopistas de peaje están igualmente obligadas a implantar a su costa las nuevas exigencias de seguridad en los túneles establecidas en el Real Decreto 635/2006, de 26 de mayo. En la documentación remitida no consta que sobre este aspecto se haya dirigido un requerimiento formal a las empresas concesionarias, ni tampoco consta por escrito la opinión de éstas, pero en el informe elaborado por la Subdirección General de Conservación y Explotación se afirma que sobre esta cuestión de la seguridad en los túneles «existen idénticos planteamientos por las sociedades concesionarias».

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### I. El concepto de «normativa técnica».

Antes de responder a las cuestiones planteadas se estima necesario precisar qué debe entenderse por «normativa técnica», dado el diferente alcance que poseen las exigencias técnicas para la construcción de carreteras según si figuran: En leyes y reglamentos, en las «normas técnicas» o «instrucciones técnicas» y en circulares.

#### 1. Leyes y reglamentos.

En el contenido posible de la ley y el reglamento puede figurar el establecimiento de exigencias técnicas para la construcción de obras públicas. En este caso, es claro tales mandatos deben cumplirse conforme a lo establecido en la ley o el reglamento, que son normas jurídicas obligatorias para todos.

Habitualmente la ley y el reglamento establecen:

- su régimen transitorio (cómo se aplican a las situaciones ya existentes);
- y las indemnizaciones que, en su caso, deban percibir los que resulten especialmente perjudicados por la nueva norma.

No obstante, a falta de regulación expresa de tales materias, las cuestiones que se planten se resolverán aplicando las reglas generales (el derecho transitorio y las indemnizaciones por la aplicación de las leyes).

#### 2. «Normas técnicas» e «instrucciones técnicas».

Constituyen la «normativa técnica» propiamente dicha: Son el conjunto de disposiciones obligatorias que, en los aspectos propios de la ingeniería civil, regulan el proyecto, construcción y explotación de las obras públicas, y de los que son ejemplos los citados en estas Leyes:

– El artículo 107.5 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): **6/08**

Artículo 107. Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración.

5. Los proyectos (de obras públicas) deberán sujetarse a las instrucciones técnicas que sean de obligado cumplimiento.

– El artículo 124 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 124. Instrucciones para la elaboración de proyectos.

1. Los Departamentos ministeriales que tengan a su cargo la realización de obras procederán a la redacción de instrucciones para la elaboración de proyectos, en las cuales se fijarán debidamente las normas técnicas a que las mismas deban sujetarse.

2. Los Departamentos ministeriales que no tuviesen establecidas instrucciones para la elaboración de proyectos podrán acordar que se apliquen las de otro Departamento ministerial.

3. Las instrucciones para la elaboración de proyectos, así como las modificaciones que se introduzcan en las mismas, deberán informarse previamente por los servicios técnicos del Departamento correspondiente y, una vez aprobadas, publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» (...)

– El artículo 40 del Reglamento de Carreteras.

Artículo 40. Normas e instrucciones técnicas.

1. Sin perjuicio de los Reglamentos técnicos de ámbito general que sean de aplicación, el Ministro de Fomento, a propuesta de la Dirección General de Carreteras, aprobará las normas e instrucciones a las que deban sujetarse los trabajos y obras de construcción de las carreteras estatales, así como su señalización, balizamiento y defensa, las cuales deberán revisarse periódicamente para su actualización permanente.

2. Estas normas e instrucciones se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

Estas disposiciones que integran la «normativa técnica» se caracterizan por que:

– Son normas técnicas y no propiamente jurídicas. No llegan a ser reglamentos (sirva de ejemplo la distinción que realiza el citado artículo 40 del Reglamento de Carreteras entre «reglamentos técnicos de ámbito general» y «normas e instrucciones técnicas»).

– Dado su carácter técnico, su finalidad no es establecer nuevas obligaciones (en sentido estricto) sino precisar los requisitos materiales para el cumplimiento de obligaciones ya existentes.

– Aunque de carácter técnico, son verdaderas normas, puesto que exteriorizan un mandato destinado a integrarse de forma estable en el sistema normativo que ordena la ejecución de obras públicas.

– Definen las condiciones que serán exigidas por un Ministerio para el proyecto y construcción de determinadas obras públicas. Por ello, por sí solas no obligan a terceros, pero éstos (las empresas) pueden verse en la necesidad de cumplir tales normas técnicas cuando así resulte del contenido de los contratos que ya tienen celebrados o que deseen celebrar con el Departamento.

– Se aprueban por titular del Departamento (para poner de manifiesto así su carácter obligatorio) y se publican preceptivamente en el BOE (para que su contenido pueda ser conocido de manera cierta).

### 3. Circulares.

La posibilidad de dictar circulares o instrucciones de servicio está reconocida con carácter general a todo órgano administrativo por el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC). A diferencia de la «normativa técnica» a que se ha hecho referencia, las circulares o instrucciones de servicio:

– Son de contenido variado: Unas veces se limitan a aclarar o a recordar el cumplimiento de normas, y otras establecen nuevas reglas de actuación.

– En cualquier caso, no son normas, sino «simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico». No se integran de manera estable en ningún sistema normativo y no puede establecer obligación alguna para terceros. Su alcance es «puramente interno».

Por ello, las exigencias técnicas establecidas en las circulares de la Dirección General de Carreteras son la expresión escrita de una orden para que los funcionarios de ese órgano exijan determinados requisitos técnicos en la tramitación de los expedientes administrativos que estén a su cargo: Para la elaboración de los pliegos en los contratos de obras que celebre dicha Dirección General, para la supervisión de los proyectos de obras, etc.

Sin embargo, tales circulares no tienen virtualidad para modificar las obligaciones de contratos ya vigentes, concertados por el Ministerio de Fomento con terceros (en este caso concesionarios de autopistas de peaje).

**II.** El deber de conservación que recae sobre las empresas concesionarias de autopistas de peaje.

Antes de responder concretamente a la cuestión planteada, parece también necesario analizar otra cuestión: El contenido del deber de con-

servación que recae sobre las empresas concesionarias de autopistas de peaje. Para ello, es preciso distinguir:

1. El régimen pactado en el pliego: Concesiones cuyos pliegos particulares incluyen cláusulas específicamente dedicadas a esta cuestión.

2. El régimen legal: Diferente según si se trata de concesiones que se rigen por la normativa anterior o posterior a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de Concesiones de Obras Públicas.

1. El régimen pactado en el pliego: Concesiones cuyos pliegos particulares incluyen cláusulas específicamente dedicadas a esta cuestión.

En los pliegos particulares muchas de las concesiones de autopistas de peaje licitadas por el Ministerio de Fomento, tanto anteriores como posteriores a la Ley 13/2003, figuran cláusulas específicas sobre el alcance del deber de conservación que recae sobre el concesionario y, concretamente, sobre su obligación de adaptar la autopista a la normativa técnica vigente en cada momento.

En tales casos, las obligaciones que integran el deber de conservación del concesionario serán las que resulten de lo válidamente pactado en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sin pretensión de exhaustividad, pueden citarse los siguientes casos:

– Cláusulas de progreso introducidas en autopistas de peaje licitadas antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2003. Así ocurre:

• En la autopista de peaje Eje aeropuerto, licitada el 13 de marzo de 2002, en la que la cláusula 29 del pliego particular establece:

29. Nivel de servicio.

[...] El concesionario queda obligado a aplicar una determinada medida cuando sea aprobada por la normativa de carreteras o de autopistas correspondiente [...].

• En las autopistas de peaje licitadas el 8 de agosto de 2003 (Circunvalación de Alicante, Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda y Madrid-Toledo), cuyos pliegos contienen cláusulas como ésta:

Cláusula 24. Cláusula de progreso.–El concesionario deberá mantener y explotar la autopista objeto de concesión de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

Esta cláusula de progreso será aplicable en todo lo relativo al mantenimiento y explotación de la carretera y [...] en general, cualquier actividad de gestión de la carretera o íntimamente ligada a la misma que esté sometida a cambios en cuanto a las exigencias de la tecnología o los medios empleados para llevarla a cabo.

El concesionario queda obligado a aplicar una determinada medida cuando sea aprobada por la normativa de carreteras o de autopistas correspondiente.

En este caso, el concesionario no tendrá derecho a exigir indemnización alguna, por parte de la Administración, derivada de las cargas económicas inherentes a los trabajos para poner en práctica la citada medida, salvo que la misma suponga una modificación sustancial del equilibrio económico-financiero de la concesión [...]

– Cláusulas de progreso introducidas en pliegos de autopistas licitadas tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, como en la autopista Alto de las Pedrizas-Málaga, cuya cláusula XX.9 es similar en contenido a la antes citada, pero incluye una referencia expresa a la obligación legal:

#### 9. Cláusula de Progreso.

El concesionario está obligado a mantener la autopista conforme a lo establecido por el artículo 244.4 de la LCAP [...]

– Otras cláusulas, como las de los pliegos de autopistas radiales (R-3/R-5 o R-4), que no obligan al concesionario a financiar la instalación de nuevos equipos técnicos, pero sí a mantenerlos una vez instalados:

#### 24. Conservación y explotación.

2. El concesionario correrá con todos los gastos derivados de la conservación de todos los equipos y sistemas instalados en los tramos objeto de concesión, incluidos aquellos que sean propiedad de la Dirección General de Tráfico, la cual podrá incrementarlos, renovarlos, sustituirlos o retirarlos de acuerdo con la administración concedente y con la sociedad concesionaria.

2. El régimen legal: Diferente según si se trata de concesiones que se rigen por la normativa anterior o posterior a la Ley 13/2003.

A falta de previsión específica en el correspondiente pliego particular, en los contratos de concesión de autopistas de peaje que se rigen por la normativa anterior a la Ley 13/2003, el deber de conservación que recae sobre el concesionario tiene el alcance que resulta:

– De la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas de peaje, cuyo artículo 27.1 alude a la obligación del concesionario de «conservar» la vía (ejecutar obras de conservación).

– Del Decreto 215/1973, de 25 de enero, que aprueba el Pliego General de Autopistas que, aunque no es propiamente una norma jurídica, tiene el alcance general de este tipo de pliegos. Sus cláusulas 80 y 81 se refieren de este modo a los deberes del concesionario durante la fase de explotación:

Sección 2.<sup>a</sup> Conservación de la autopista

Cláusula 80. Reparación y sustitución de elementos.

El concesionario se compromete a conservar la autopista en perfectas condiciones de utilización, procediendo a la periódica reparación o sustitución de aquellos elementos de la misma que se deterioren por el uso continuo

Cláusula 81. Comprobación del estado de la autopista por el Ministerio de Fomento.

Sin perjuicio de la inspección técnica que el concesionario establezca para vigilar el estado de la autopista, el Ministerio de Fomento comprobará periódicamente dicho estado. El informe que emitan sus técnicos servirá de base para que dicho Departamento exija la reparación o sustitución de los elementos deteriorados o desgastados, señalando plazo y condiciones de los materiales a emplear. Esta resolución no podrá alterar el trazado o condiciones especiales de la autopista, limitándose a exigir la reposición de las cosas a su primitivo ser y estado.

En consecuencia, las disposiciones citadas:

- Obligan al concesionario a efectuar obras de reparación, conservación y mantenimiento en aquellos elementos de la autopista que se deterioren por el uso continuo.

- No obligan al concesionario a realizar obras de reforma, modalidad de obras en la que cabe subsumir la operación consistente en instalar en la carretera determinados dispositivos por el hecho de que se apruebe una nueva normativa técnica que los exija.

[En nuestra legislación, se mantiene en el artículo 106 de la LCSP la distinción de obras que en 1975 realizó el artículo 57 del Reglamento de Contratos del Estado:

- «Obras de reparación»: Las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales, diferenciándose según si afectan manera fundamental a la estructura resistente del inmueble (gran reparación) o no producen tal afección (reparación simple).

- «Obras de conservación o mantenimiento»: Las necesarias para la enmienda de un menoscabo producido en el tiempo por el natural uso del bien.

- «Obras de reforma»: Las de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente.

Por ello, esta Abogacía del Estado considera que son «obras de reforma» las que tienen por objeto adaptar una autopista de peaje a nuevas exigencias técnicas sobre seguridad de túneles o sobre sistemas de contención de vehículos o protección de motoristas].

En el régimen descrito, la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de Concesiones de obras públicas, introdujo, entre otras novedades, la llamada «cláusula de progreso»; que en este caso no es ya propiamente una «cláu-

**6/08** sula», sino una obligación legal actualmente recogida en el artículo 230.4 de la LCSP:

Artículo 230. Uso y conservación de la obra pública.

4. El concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

En opinión de esta Abogacía del Estado, el efecto novedoso que se deriva de este precepto consiste en que, por mandato legal, ha pasado a ser obligatoria para los concesionarios de obras públicas la «normativa técnica», según se ha definido antes (las «normas técnicas» y las «instrucciones técnicas», aprobadas por el titular del Departamento, publicadas en el BOE).

Es decir, en las autopistas que se rigen por la normativa anterior a la Ley 13/2003, el concesionario no estaba obligado a ejecutar las obras de reforma necesarias para la implantación de una normativa técnica aprobada tras la adjudicación de su contrato.

Ello se explica porque, según lo ya razonado, de acuerdo con la LCSP y con la Ley de Carreteras, las «normas técnicas» e «instrucciones técnicas» sólo producen efectos en el ámbito del correspondiente Ministerio.

En consecuencia, para exigir al titular de una de estas concesiones que ejecutara las obras de reforma exigidas por una nueva normativa técnica resultaba necesario modificar la concesión, con la correspondiente compensación.

Sin embargo, en las autopistas a las que se aplica la Ley 13/2003, el concesionario está obligado a ejecutar tales obras de reforma sin necesidad de modificar su contrato de concesión: El deber de acomodar la concesión a la «normativa técnica» que «en cada momento» «resulte de aplicación» forma parte ya del contenido obligacional de su contrato por imperativo del citado artículo 230.4 de la LCSP (lo que deberá ser tenido en cuenta por los concesionarios al formular sus ofertas).

Admitido que el artículo 230.4 de la LCSP obliga a los concesionarios a adaptar la autopista a la normativa técnica vigente en cada momento, la cuestión que se plantea (y que no está específicamente resuelta en la Ley) es si aquéllos deben además soportar el coste de tales actuaciones. Sobre este aspecto, el criterio de esta Abogacía del Estado es el siguiente:

– En primer lugar debe estarse a lo que válidamente se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la concesión.

– A falta de previsión en el pliego, debe aplicarse el régimen general del contrato de concesión. En concreto, se estima que la aprobación de una nueva normativa técnica constituye una «actuación de la Administración» de las previstas en el artículo 241.2.b) de la LCSP, por lo que el



concesionario tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico cuando el cumplimiento de las nuevas obligaciones impuestas en dicha normativa técnica «determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión». En otro caso, el concesionario deberá soportar el coste de implantar la nueva normativa técnica sin derecho a ser compensado por la Administración.

Con base en las consideraciones expuestas, se examinarán a continuación las dos cuestiones concretamente planteadas a esta Abogacía del Estado:

**III.** Si las empresas concesionarias de autopistas están obligadas a cumplir la Orden Circular 18/2004 sobre criterios de empleo de sistemas para la protección de motociclistas.

En la Red de Carreteras del Estado los sistemas de contención de vehículos se establecen:

- En las Órdenes ministeriales sobre trazado de carreteras y autopistas de peaje, que se especifican los sistemas de contención que deben emplearse según las características de la carretera.

- En la Orden Ministerial de 6 de febrero de 1976, que aprueba el pliego de prescripciones técnicas generales para obras de carreteras y puentes de la Dirección General de Carreteras. Precisamente la Orden de 28 de diciembre de 1999 modificó este pliego, regulando en el artículo 704 los tipos de barreras de seguridad o sistemas de contención admisibles en la Red de Carreteras del Estado.

Adicionalmente, la Orden Circular 18/2004 (que es la que motiva la petición de informe) establece una serie de criterios a seguir para la instalación en determinadas carreteras de sistemas de protección de motociclistas, obligando a elaborar un Plan de Actuación específico para la progresiva sustitución de las barreras de seguridad actualmente existentes (esta Orden 18/2004 se complementa a su vez con otras resoluciones como la Orden Circular 18bis/08 sobre criterios de empleo de sistemas para protección de motociclistas o la Nota técnica sobre la aplicación en carreteras de los sistemas para protección de motociclistas, de 25-10-06).

En opinión de esta Abogacía del Estado:

- Las Órdenes ministeriales sobre trazado de carreteras y autopistas de peaje, así como la Orden ministerial que aprueba el pliego de prescripciones técnicas generales para obras de carreteras y puentes, todas ellas publicadas además oficialmente, constituyen «normativa técnica» de carreteras según se ha definido este concepto en el apartado I.2 del presente informe.

- Sin embargo, no es calificable como «normativa técnica» la Orden Circular 18/2004 sobre criterios de empleo de sistemas para la protección de motociclistas, puesto que:

- No ha adoptado la forma de Orden ministerial, sino que ha sido dictada por la Dirección General de Carreteras (en el documento remitido

**6/08** a esta Abogacía del Estado no aparece firmada, aunque conlleva el membrete oficial de la Dirección General de Carreteras).

- No ha sido publicada en el BOE.

La Orden Circular 18/2004 es una «circular» en el sentido definido en el apartado I.3 del presente informe: Una orden del superior jerárquico que debe ser cumplida por los funcionarios de dicha Dirección General en los expedientes que tramiten para la supervisión de proyectos y para la construcción y conservación de las carreteras gestionadas por dicho órgano administrativo. Por ello, la citada Orden Circular 18/2004 no establece ni puede establecer obligación alguna para las sociedades concesionarias de autopistas de peaje, ni modifica las obligaciones asumidas por éstas en sus contratos.

Para que se produjera ese efecto obligatorio respecto de las concesionarias de autopistas sería necesario que dicha Orden se tramitara y publicara en la forma establecida por el artículo 40 del Reglamento de Carreteras, de manera que pudiera considerarse «normativa técnica». En tal caso, y según lo ya razonado en este informe, las consecuencias serían:

– Las empresas titulares de concesiones de autopistas de peaje cuyos pliegos incluyan cláusulas específicamente dedicadas a esta materia [cláusulas del tipo señalado en el apartado II.1 del presente informe] estarían obligadas a adaptar la autopista a la nueva normativa técnica, soportando o no el coste de esta actuación conforme a lo estipulado en tales cláusulas.

– Si en el pliego particular de la correspondiente autopista de peaje no figurara una cláusula específica sobre esta cuestión, el régimen aplicable será el siguiente:

- Las concesionarias cuyos contratos se rigen por la normativa anterior a la Ley 13/2003 no están obligadas a ejecutar las obras de reforma necesarias para cumplir dicha normativa técnica, salvo que se tramite un expediente para la modificación de la concesión, con derecho a percibir por ello la correspondiente compensación.

- Las concesionarias cuyos contratos se rigen por la normativa posterior a la Ley 13/2003 están obligadas a ejecutar las obras de reforma necesarias para cumplir dicha normativa técnica. Sólo tendrán derecho a ser compensadas por ello cuando el cumplimiento de dicha obligación «determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión» [artículo 241.2.b) de la LCSP].

**IV.** Si las empresas concesionarias de autopistas están obligadas a cumplir el Real Decreto 635/2006, de 26 de mayo, sobre requisitos mínimos de seguridad en los túneles de carreteras del Estado.

El Real Decreto 635/2006 es un reglamento en el sentido definido en el apartado I.1 del presente informe: Una disposición administrativa de carácter general, dictada en desarrollo de la Ley de Carreteras (en con-

creto, de su disposición adicional segunda y de su disposición final), de obligatorio cumplimiento para todos sus destinatarios:

– No es propiamente una norma técnica, sino una norma jurídica que establece exigencias técnicas.

– Y es una norma jurídica que, por sí sola, genera obligaciones nuevas para sus destinatarios, entre los que se encuentran los concesionarios de autopistas de peaje integradas en la Red de Carreteras del Estado en las que existan túneles, a los que el artículo 6 del Real Decreto 635/2006 atribuye la condición de «gestor del túnel» (con las correspondientes obligaciones).

La disposición transitoria tercera establece el régimen aplicable a los túneles que estuvieran en servicio al tiempo de la entrada en vigor del Real Decreto 635/2006. En resumen:

– El gestor del túnel debe proponer a la autoridad administrativa un plan para la adecuación al Real Decreto 635/2006.

– Las modificaciones que, en su caso, hubiera que introducir se sujetan al procedimiento regulado en el anexo II del Real Decreto 635/2006.

– Antes del 30 de abril de 2014 debe haber concluido este proceso para la adecuación de los túneles al Real Decreto 635/2006, conforme al plan que corresponde aprobar al Ministerio de Fomento.

El Real Decreto 635/2006 no regula expresamente si el gestor del túnel, cuando sea un concesionario, una vez cumplida su obligación de adecuarlo a las nuevas exigencias técnicas, puede reclamar de la Administración concedente el coste de dicha actuación.

En consecuencia, y según lo razonado en el presente informe, para resolver esta cuestión deben aplicarse las reglas generales del contrato de concesión de obras públicas:

– La aprobación de un reglamento que establece nuevas obligaciones a cargo de una pluralidad de sujetos, entre ellos los concesionarios de autopistas de peaje, puede calificarse como un supuesto de *factum principis*. Con esta denominación se describe en la doctrina el efecto que se produce en el contrato por una medida general de índole política o económica que, aunque no se adopta por la Administración con el objetivo de modificar dicho contrato, indirectamente acaba repercutiendo en el equilibrio económico del mismo (por ejemplo, en su día, las subidas en el precio de los carburantes decididas por la Administración, cuando era ésta la que fijaba dichos precios).

– Antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de Concesiones de Obras Públicas, la doctrina del *factum principis* era de construcción jurisprudencial. Dicho sea en síntesis, la Administración debía restablecer el equilibrio de la concesión cuando la decisión adoptada por la Administración «afecte gravemente a la economía del contratista» o determine que «el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones sea excesivamente

**6/08** oneroso para el mismo» (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979 y de 19 de enero de 1998, entre otras).

– Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, esa doctrina ha sido recogida en el artículo 241.2.b) de la vigente LCSP, que se refiere al *factum principis* como «actuación de la Administración». En consecuencia, el concesionario tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico cuando la obligación de implantar las exigencias técnicas establecidas en el Real Decreto 635/2006 «determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión». En otro caso, el concesionario debe soportar dicho coste, sin derecho a ser compensado por la Administración.

Esta Abogacía del Estado considera que las expresiones de la jurisprudencia anterior a la Ley 13/2003 (la «gravedad» o la «excesiva onerosidad» del desequilibrio) equivalen a la «ruptura sustancial de la economía de la concesión», terminología empleada ahora por la Ley.

Todas esas expresiones constituyen conceptos jurídicos indeterminados: No cabe precisar a priori en qué casos una actuación determina de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, y habrá que estar para ello a las circunstancias de cada caso concreto.

No obstante, para resolver la cuestión que nos ocupa (si los concesionarios de autopistas estatales de peaje deben soportar los costes derivados de la aplicación del Real Decreto 635/2006), esta Abogacía del Estado considera que podrían tenerse en cuenta lo siguientes criterios a efectos meramente orientativos:

– Debe examinarse el plan económico-financiero en su conjunto y, en particular, deberían compararse:

- El volumen de inversión total de la autopista (actualizado) así como los gastos de mantenimiento que soporta la concesionaria.

- El sobrecoste que, en inversión y mantenimiento, se produce a la concesionaria por las obras necesarias para la implantación de la nueva normativa técnica.

– Para el contrato de obras, la doctrina y la jurisprudencia viene considerando que la Administración no debe restablecer el equilibrio económico por un sobrecoste en los precios no superior al 2,5 % sobre el precio inicial (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008, entre otras).

Trasladada esa regla al contrato de concesión de obras públicas, cabría entender que no se produce una ruptura sustancial de la economía de la concesión por la implantación de la nueva normativa técnica cuando, comparando las magnitudes a que se ha hecho referencia en el punto anterior, el sobrecoste para la empresa concesionaria no fuera superior al 2,5%.

– Aun en la hipótesis de que la Administración tuviera que restablecer el equilibrio financiero de la concesión, la compensación económica a

favor del concesionario no necesariamente consistirá en el resarcimiento integral del sobrecoste soportado por éste. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo en sentencias como la de 13 noviembre 1986:

«En los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial en los que adoptan la modalidad de “concesión” (en cuya virtud el empresario-concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura), la mayor onerosidad sobrevenida, bien resulte de una modificación del objeto mismo del contrato impuesto unilateralmente por la Administración (*ius variandi*) o de una decisión de ésta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho (*factum principis*) o bien provenga de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación ... mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos...»

## CONCLUSIONES

**Primera.** La Orden Circular 18/2004, de la Dirección General de Carreteras, sobre instalación en determinadas carreteras de sistemas de protección de motociclistas, no establece ni puede establecer obligación alguna para las sociedades concesionarias de autopistas de peaje, ni modifica las obligaciones asumidas por éstas en sus contratos.

Para que se produjera ese efecto obligatorio sería necesario, según los casos, y conforme a lo razonado en el apartado III de este informe:

- modificar el contrato de concesión,
- o tramitar y publicar el contenido de dicha Orden Circular en la forma establecida por el artículo 40 del Reglamento Carreteras, de manera que pudiera considerarse «normativa técnica».

**Segunda.** Las empresas concesionarias de autopistas de peaje están obligadas a cumplir el Real Decreto 635/2006 sobre requisitos mínimos de seguridad en los túneles de la Red de Carreteras del Estado. Por ello, en los túneles que gestionen deben realizar a su costa las modificaciones que, en su caso, fueran necesarias para adaptarlos a dicho Real Decreto 635/2006.

A salvo lo establecido en el pliego particular de cada contrato, si la asunción de ese coste económico «determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión», las concesionarias podrían reclamar del Estado la compensación que proceda para el restablecimiento del equilibrio económico. En el apartado IV del presente informe se señalan algunos criterios que pueden servir de orientación para determinar si concurre o no aquella circunstancia.