

Informe 24/99, de 6 de mayo de 1999. "Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación por procedimiento abierto y por concurso de la concesión de la construcción, conservación y explotación de diversos tramos de autopistas de peaje".

2.3. Pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

ANTECEDENTES.

1. Con fecha 5 de abril de 1999 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en el que indica que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se remite el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso por procedimiento abierto de la concesión para la construcción, conservación y explotación de los tramos de autopista de peaje: "Autopista A-6 - Conexión con Segovia y Autopista A-6 - Conexión con Avila y para la conservación y explotación de la autopista de Peaje A-6, tramo Villalba-Adanero".

2. Según se indica en el citado escrito, contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje, las siguientes cláusulas y apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares:

«Cláusula 2. Objeto y características del concurso.

Apartados 1 y 2. *El plazo de duración de la concesión de este tramo no será inferior a 23 años, ni superior a 32 estableciéndose el plazo definitivo de acuerdo con el procedimiento previsto en la cláusula 33 de este pliego.*

Cláusula 5. Extremos que han de comprender las proposiciones.

Apartado 5. *El plan de realización de las obras, a que alude el apartado e) de la citada cláusula 8 del pliego de cláusulas generales, deberá referirse a la totalidad de las correspondientes a los tramos de autopista de peaje referidos en los puntos 1, 2 y 4 de la cláusula 2 de este pliego.*

Dicho plan vendrá acompañado del correspondiente diagrama de relaciones y precedencias, justificativo del mismo en ritmo anual y tiempo máximo para su íntegra ejecución, entendiéndose por tal la construcción terminada en condiciones de inmediata puesta en servicio. El citado plan deberá asimismo expresar los siguientes extremos referidos a cada tramo:

- Plazo para la presentación de proyectos de trazado y construcción, que en ningún caso será superior a cuatro meses desde la fecha del Real Decreto de Adjudicación.*
- Plazo para la iniciación de las obras, que en ningún caso será inferior a dos meses desde la fecha de presentación del proyecto de construcción.*
- Plazo para la terminación de las mismas.*
- Plazo para la apertura al tráfico.*

Por tanto, no resulta de aplicación lo indicado a este respecto en la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales.

Será requisito imprescindible para la apertura al tráfico y comienzo de la explotación de los tramos de autopista de peaje a que se refieren los puntos 1 y 2 de la cláusula 2 de este pliego la cesión a la Administración y la puesta en servicio de las obras a las que se refiere el punto 4 de la misma cláusula.

Apartado 12. *La revisión y modificación del plan económico financiero anteriormente mencionado, prevista en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, no implicará nunca la revisión del régimen económico financiero básico de la concesión que comprende:*

- a) Las tarifas y peajes aplicables a que se refiere la letra a) del apartado 11 de esta cláusula.*
- b) La ratio de capitalización a que se refiere el apartado i) de la letra 11.d) de esta cláusula.*
- c) La ratio de solvencia a que se refiere el apartado i) de la letra 11.e) de esta cláusula.*
- d) La duración de la concesión, que será de un período no superior a 32, ni inferior a 23 años a contar desde la fecha de publicación del Real Decreto de adjudicación de esta concesión en el Boletín Oficial del Estado y cuya duración concreta se fijará conforme a lo establecido en la cláusula 33 de este pliego.*
- e) Los límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere el apartado 9 de esta cláusula.*

El régimen económico financiero básico de la concesión sólo podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo.

Cláusula 13. Acciones.

Las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán en la forma prevista en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Los órganos rectores de la sociedad deberán comunicar a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, la titularidad inicial de las acciones.

También comunicarán a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, las alteraciones que se experimenten posteriormente en la titularidad de las acciones que impliquen un aumento o disminución de la participación en el capital social de la sociedad concesionaria igual o superior al 1 por 100.

La cláusula 19 del pliego de cláusulas generales se entenderá modificada por lo dispuesto en la presente cláusula.

Cláusula 15. Recursos propios.

Apartado 2. *El capital social podrá desembolsarse en una o varias veces, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. El Real Decreto de adjudicación establecerá el porcentaje mínimo que, respecto del total de recursos movilizados, han de representar los recursos desembolsados por los accionistas, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, sin que pueda ser inferior al 10 por 100 del total de dichos recursos.*

- a) Se entenderán por recursos movilizados el total de recursos invertidos por la sociedad concesionaria, que incluirán los recursos desembolsados por los accionistas y los recursos ajenos de cualquier naturaleza que constituyan el pasivo de la sociedad concesionaria.*
- b) Se considerarán como recursos desembolsados por los accionistas, tanto el capital social desembolsado, como los préstamos subordinados y efectivamente desembolsados concedidos por los accionistas a la sociedad concesionaria. Dichos préstamos tendrán consideración de subordinados respecto al total de los recursos ajenos de la sociedad concesionaria en cuanto al orden de prelación de deudas a todos los efectos civiles y mercantiles.*

La cláusula 29 del pliego de cláusulas generales se interpretará de acuerdo a lo establecido en este apartado.

Apartado 4. Una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de algunos de sus tramos, el concesionario tendrá libertad para distribuir dividendos con cargo a reservas de libre disposición o resultados del ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos a que se refieren los apartados 1 y 2 anteriores que, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, determine el Real Decreto de adjudicación. No serán por tanto de aplicación las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales.

Apartado 6. Las posibles inversiones de la sociedad en activos que no sean objeto de reversión y que la sociedad realice para otras actividades dentro de su objeto social permitidas por la Ley, podrán financiarse con recursos propios o ajenos, siendo requisito la presentación de cuentas separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28, apartado e), del pliego de cláusulas generales

Cláusula 16. Recursos ajenos.

Apartado 2. En el plan económico financiero figurará de forma concreta el vencimiento último previsto de los recursos ajenos, que no podrá ser posterior al término de la concesión. No será de aplicación la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales que reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión.

Cláusula 18. Aspectos fiscales y contables. (Por error en el escrito de remisión del expediente se cita la cláusula 19)

Apartado 1. No se exigirá el pago de la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal a que hace referencia la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 20. Licitación de las obras. (Por error en el escrito de remisión del expediente se cita la cláusula 21).

Apartado 1. El concesionario podrá optar por realizar directamente las obras de cualesquiera tramos o fracciones, según lo previsto en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

A estos efectos se entenderá que se realiza la obra directamente por el concesionario cuando se encomiende a empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, o a las empresas vinculadas a ellas, tal como se define en el artículo 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso, y previamente a su contratación, el concesionario remitirá al Ministerio de Fomento un ejemplar del contrato para su aprobación. En estos casos, el concesionario deberá realizar directamente con organización y medios propios un volumen de obra cuyo presupuesto alcance, al menos el 50 por 100 del presupuesto del tramo o fracción de que se trate. No será de aplicación por tanto la limitación del 80 por 100 que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 35. Extinción y liquidación de la concesión. (Por error en el escrito de remisión se cita la cláusula 36)

Apartado 2. No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107, 108 y 109 del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:

- a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento.

b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.

c) Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.

d) Gastos a distribuir en varios ejercicios correspondientes a las obras a que se refiere el apartado 4 de la cláusula 2 del presente pliego por el importe que figure en el activo del balance de la Sociedad Concesionaria y una vez deducida la amortización de los mismos que en función del número de años corresponda.

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada.

Apartado 3. La liquidación del importe resultante del valor patrimonial de la inversión en autopista determinado de la forma indicada se efectuará de acuerdo a las siguientes normas, no siendo, por tanto de aplicación el apartado f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.

a) Se liquidarán, en primer lugar, las obligaciones que el concesionario hubiese contraído con terceras personas, nacionales o extranjeras, atendiendo al orden de prelación de dichos créditos establecido por la legislación mercantil vigente.

b) En segundo lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la sociedad concesionaria pro sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 15 del presente pliego.

c) La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones».

3. Al pliego de cláusulas administrativas particulares reseñado se acompaña informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, fechado el 30 de marzo de 1999, sobre la tramitación del expediente y ciertas cuestiones que suscita y, asimismo, nota justificativa de las estipulaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares contrarias al pliego de cláusulas generales.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Esta Junta Consultiva en sus informes de 23 de diciembre de 1997 (expediente 55/97), de 11 de noviembre de 1998 (expediente 43/98) y de 16 de diciembre de 1998 (expediente 45/98), emitidos también a petición del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en relación al pliego de bases y al pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que conviene reproducir, siquiera sucintamente en el presente.

En primer lugar se razonaba que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debía limitarse a las estipulaciones contrarias a los pliegos generales, en este caso, al aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que deba extenderse a otros extremos competencia del informe preceptivo del Servicio Jurídico del Departamento a que se refiere el artículo 50.4 de la propia Ley.

En segundo lugar se destacaba la incidencia que en el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, habían producido disposiciones posteriores, entre ellas la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las modificaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, cuya vigencia expresamente se sostenía, siendo estas modificaciones las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, a las que había que añadir las que introduce la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Por ello se llegaba a la conclusión de que los extremos del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o a las modificaciones de la Ley de Autopistas habían perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases que tratan de ajustarse a la normativa vigente, no pueden considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por la Junta Consultiva.

En tercer lugar se apuntaba la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales de 25 de enero de 1973 para armonizarlo con la normativa vigente y a la conveniencia de sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y el de cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo de la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego con lo que se produciría un mayor ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Si bien esta última observación ha sido atendida y se ha redactado un solo pliego de cláusulas administrativas particulares, prescindiendo de la distinción artificial entre éste y el pliego de bases, no sucede lo mismo con la primera observación, es decir la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales, conveniencia que se acentúa por la frecuencia con que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales, de lo cual constituye un ejemplo el presente informe, y que se evitaría logrando que estas estipulaciones no fueran contrarias al pliego de cláusulas generales mediante la oportuna modificación de este último.

2. Teniendo en cuenta lo anterior que, como decimos, ahora se reitera se pasa a examinar los extremos del pliego de cláusulas administrativas particulares en los que se puede apreciar contradicción o alteración de lo dispuesto en el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta, debiendo significarse que las cláusulas de este pliego que ahora se informan son muy similares a las de los pliegos informados por esta Junta en 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, y con esta misma fecha en los expedientes acumulados 20/99, 23/99 y 25/99.

a) En la cláusula 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y respecto a la construcción, conservación y explotación de los tramos de autopista de peaje: Autopista A-6 - Conexión Segovia y conexión Avila se establece que el plazo de duración de la concesión no será inferior a 23 años, ni superior a 32, estableciéndose el plazo definitivo de acuerdo con el procedimiento previsto en la cláusula 33 del pliego. No parece que la cláusula 2, en este extremo, esté en contradicción con la cláusula 104 del pliego de cláusulas generales, en cuanto establece que el plazo de duración de la concesión será el que determine el decreto de adjudicación, de acuerdo con la proposición ofertada que habrá de ceñirse a lo que al respecto se indique en los pliegos particulares, sin que en ningún caso pueda rebasarse el límite que figura en el artículo 30 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, dado que, en definitiva todos los requisitos exigidos o son cumplidos o pueden cumplirse en la adjudicación. Por tanto el contenido de esta cláusula no ha de ser objeto de informe de esta Junta, al amparo del artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que lo sea del informe preceptivo del Servicio Jurídico que, con tal carácter, prevé el artículo 50.4 de la propia Ley.

Si se considera, no obstante, que la circunstancia de que la duración definitiva de la concesión no pueda fijarse hasta transcurridos los plazos señalados en la cláusula 33 para evaluar la intensidad de tráfico se informa favorablemente esta hipotética modificación de la cláusula 104 del pliego de cláusulas generales, al estimarse justificada partiendo de la idea jurisprudencial, destacada en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, de que la duración de la concesión juega ahora como una simple cláusula económica, por lo que resulta viable que en función de variables que en el momento de otorgar la concesión no pueden conocerse, como es la intensidad del tráfico, se fije posteriormente el plazo, sobre todo si se respeta el plazo máximo previsto en la Ley y el sistema se refleja, como sucede en el presente caso, adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

b) En la cláusula 5, apartado 5, en cuanto a la presentación y aprobación de proyectos, reduce a cuatro y dos meses los plazos de seis y ocho meses que fija la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales, que se declara expresamente no aplicable. Esta reducción de plazos deriva de la urgencia de estas obras, declaradas urgentes y de excepcional interés público, en la Orden de 26 de mayo de 1997, por lo que se estima justificada.

c) La cláusula 5, apartado 12, introduce, afectando a la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, modificaciones consistentes en homogeneizar las ofertas y hacerlas comparables, dar mayor flexibilidad a la estructura financiera, exigir que el licitador facilite toda la información necesaria que él mismo identifique como relevante y conceptuar las ayudas públicas, no como anticipos reintegrables sino como préstamos participativos que el Estado concede a la Sociedad concesionaria. La finalidad a que responden estas modificaciones justifica su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

d) En la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones representativas del capital de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta estableciendo la comunicación a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje de la titularidad inicial de las acciones y de las alteraciones que se experimenten posteriormente que impliquen aumento o disminución de la participación en el capital social igual o superior al 1 por 100. En esta cláusula y apartado se contradice lo dispuesto en la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, que expresamente se declara modificada, al desaparecer la prohibición de modificar el carácter de las acciones durante el período concesional y obligar a las comunicaciones a la Delegación del Gobierno que han quedado reseñadas, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria, facilitando su acceso al mercado de valores, se consideran justificadas estas modificaciones de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales.

e) En la cláusula 15, apartados 2, 4 y 6, se especifica el carácter de recursos propios y ajenos, de acuerdo con cuya especificación debe interpretarse la cláusula 29; se elimina la reserva especial de la cláusula 54.b) y la aplicación de la cláusula 55; se elimina igualmente la aplicación de la cláusula 28.e) que obligaba a financiar en su integridad con capital social de las inversiones que no formen parte del activo sujeto a reversión. Todas estas modificaciones de las cláusulas 28.e), 29, 54.b) y 55 del pliego de cláusulas generales se consideran justificadas, dada la finalidad que persiguen de introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos, eliminar la reserva especial de actualización de activos que tiene reflejo en la necesidad de dotar un mayor fondo de reversión y posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente.

f) En la cláusula 16, apartado 2, del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece la no aplicación de la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales en cuanto esta última reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad a la financiación, teniendo en cuenta las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.

g) En la cláusula 18 del pliego de cláusulas administrativas particulares se modifica la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales al suprimir la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal, supresión justificada ya que, de mantenerse, el concesionario vería incrementada la cuantía de los préstamos a percibir de las Administraciones Públicas en la cuantía misma de la tasa.

h) En la cláusula 20, apartado 1, del pliego de cláusulas particulares se reduce al 50 por 100 el límite del 80 por 100 que prevé la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales para la ejecución propia, que se declara expresamente no aplicable y esta reducción se considera justificada por la tendencia general a ampliar la participación de otras empresas en los contratos de concesión.

i) En la cláusula 36, apartados 2 y 3, se declaran inaplicables los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales en lo relativo a la valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y al sistema de prelación de deudas. Estas modificaciones se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de desincentivar el incumplimiento del concesionario y conseguir la mayor eficiencia de la garantía que, de facto, está concediendo la Administración.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que procede reiterar de nuevo los criterios de los informes de 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, referentes al pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la construcción, conservación y explotación en régimen de concesión de autopistas de peaje y, en particular, la conveniencia de modificar el citado pliego de cláusulas generales, con la finalidad de evitar en el futuro la reiteración con que se vienen produciendo en los pliegos particulares cláusulas contrarias al pliego general.

2. Que, sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares introduce en relación con las cláusulas 19, 28.e), 29, 54.h), 55, 46, 47, 52, 64, 67 y 107 apartados e) y f) del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas de este informe.