

**Informe 45/98, de 16 de diciembre de 1998. "Pliego de bases y pliego de cláusulas administrativas particulares para concurso por procedimiento abierto de construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Costa del Sol. Tramo: Estepona-Guadiaro".**

## **2. 3. Pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares.**

### **ANTECEDENTES.**

1. Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento se remite, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases para el concurso por procedimiento abierto de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Costa del Sol: tramo Estepona-Guadiaro".

2. Contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje las cláusulas y apartados, bases y apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de bases que a continuación se reseñan:

#### **A) Del pliego de cláusulas administrativas particulares.**

##### **Cláusula 3. 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 al presente cláusula».*

##### **Cláusula 5. Recursos propios,**

###### **Apartado B, subapartado 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 D.**

*«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 la reserva legal establecida por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos a que se refieren las letras A) y B) 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 F.**

*« Las posibles inversiones de la Sociedad en activos que no sean objetos 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 contabilidades separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28, apartado e) del pliego de cláusulas generales».*

### **Cláusula 6. Recursos ajenos.**

#### **Apartado B.**

*«En el plan económico financiero figurará de forma concreta el período de financiación máximo previsto, que no podrá exceder del período de 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 7. Beneficios económico-financieros excepcionales**

#### **Apartado B**

*«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 10. Licitaciones de obras.**

#### **Apartado A.**

*«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 25. Extinción y liquidación de la concesión.**

### **Apartado B.**

*«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, 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, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años que corresponda.*
- 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 u en función del número de años corresponda. En su caso, no se aplicará valor alguno con relación al tramo Málaga-Estepona.*
- 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.*

*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 C**

*«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 retendrá el importe vivo de los préstamos participativos concedidos, en su caso, por el Estado, de acuerdo con el Real Decreto de adjudicación de la concesión y que hubiese sido efectivamente desembolsado por el Estado a la fecha de resolución del contrato.*
- c) En tercer lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la Sociedad Concesionaria por sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 5 del presente pliego de cláusulas administrativas particulares.*
- d) La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones».*

## **B) Del pliego de bases.**

### **Base Cuarta: Extremos que han de comprender las proposiciones.**

#### **Apartado D, subapartado e).**

*«La revisión y modificación del plan económico-financiero, previstas en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, no implicarán nunca la revisión del régimen económico financiero básico de la concesión que comprende:*

*(1) las tarifas y peajes aplicables.*

*(2) los ratios de capitalización y solvencia a que se refieren las letras c) y d) de la letra F) de esta base.*

*(3) el préstamo participativo concedido por el Estado.*

*(4) la duración de la concesión.*

*(5) Límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere la letra d) anterior.*

*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».*

3. A la documentación anterior se acompaña informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de 3 de noviembre de 1998, emitido, con carácter general, en relación con la tramitación del expediente y, en particular, recogiendo observaciones tanto al pliego de bases, como al pliego de cláusulas administrativas particulares, que han de regir el concurso. Asimismo se acompaña Nota justificativa de las estipulaciones de los pliegos contrarias al pliego de cláusulas administrativas generales.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. Esta Junta Consultiva en su informe de 23 de diciembre de 1997 (Expediente 55/97) emitido, también a petición del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento, en relación el pliego de bases y pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión para la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje, realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que, reproducidas en su informe de 11 de noviembre de 1998 (Expediente 43/98), sin perjuicio de la remisión al contenido del citado informe de 23 de diciembre de 1997 conviene, como se hizo en el segundo informe citado, 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 hoy hay 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.

2. Teniendo en cuenta lo anterior que, como decimos, se vuelve a reiterar expresamente se pasa a examinar los extremos del pliego de cláusulas administrativas y del pliego de bases de la concesión de la autopista de peaje "Costa del Sol": tramo Estepona Guadiaro en los que se puede apreciar contradicción o alteración de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas, generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta Consultiva, debiendo significarse que las cláusulas y bases de estos pliegos que ahora se informan son prácticamente idénticos a los que fueron informados en 11 de noviembre de 1998.

- En la cláusula 3 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 los supuestos de comunicación a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. En esta cláusula se contradice lo dispuesto en la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, al desaparecer la prohibición de modificar el carácter de las acciones durante el período concesional y obligar a comunicar a la Delegación del Gobierno las alteraciones en la titularidad de las acciones que impliquen aumento o disminución de la participación en el capital social, igual o superior al 1 por 100, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria, facilitando su acceso al mercado de valores, se considera justificada esta modificación de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales.

- En la cláusula 5, apartados B, D y F del pliego de cláusulas administrativas particulares, se especifica el carácter de recursos propios y ajenos, se elimina la reserva especial de la cláusula 54 b y se elimina la aplicación de la cláusula 28 apartado e) en el sentido de que todas las inversiones que no formen parte del activo sujeto a reversión serán financiadas en su integridad con capital social, modificaciones de las cláusulas 29, 54 b) y 28 e) que 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.

- En la cláusula 6 B del mismo 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 reduce el período máximo de financiación a la mitad

del período de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad en la financiación, teniendo en cuenta las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.

- En la cláusula 7 C del pliego que se examina 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 y subvenciones a percibir de las Administraciones Públicas en la cuantía misma de la tasa.

- En la cláusula 10 A del pliego de cláusulas administrativas particulares se reduce al 50 por 100 el límite del 80 por 100 que la cláusula 37 del pliego de cláusulas generales establece para la ejecución propia y ésta reducción se considera justificada por la tendencia general a ampliar la participación de otras empresas en los contratos de concesión.

- En la cláusula 25, apartados B y C se modifica la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales, en sus apartados e) y f) en lo relativo a la valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y al sistema de deudas, modificaciones que 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.

- Por último, en la base cuarta del pliego de bases se introducen modificaciones en el pliego de cláusulas generales que, en cuanto tienden a homogeneizar las ofertas, dar mayor flexibilidad en la estructura financiera, exigir al licitador que facilite información que él mismo identifica como relevante y conceptúan las ayudas públicas como préstamos participativos que el Estado concede al concesionario, se consideran justificadas.

## **CONCLUSIONES**

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

1. Que procede reiterar de nuevo los criterios del informe de 23 de diciembre de 1997, reproducidos en el informe de 11 de noviembre de 1998, referentes al pliego de cláusulas administrativas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y su relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases para la concesión de autopistas de peaje y, en particular, la sustitución de los dos pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares por un único pliego de cláusulas administrativas particulares.

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, 37, 46, 52 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 y las que con carácter más genérico se incluyen en la base cuarta del pliego de bases, ambos remitidos a informe de esta Junta, se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas de este informe.