

Informe 23/05, de 20 de junio de 2005. “Pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso, por procedimiento abierto de la concesión para la construcción y explotación de la Autopista de Málaga. Tramo: Alto de las Pedrizas-Málaga”.

Clasificación de los informes: 11.3 Cláusulas contrarias al pliego de cláusulas administrativas generales.

ANTECEDENTES

1. Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento se remite a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a efectos –se dice- de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso, por procedimiento abierto, de la concesión para la construcción y explotación de la Autopista de Málaga, Tramo: Alto de las Pedrizas-Málaga.

2. Se adjunta el pliego remitido la siguiente documentación:

2.1. Informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento de 13 de mayo de 2005, favorable al pliego, con la advertencia de los trámites a seguir, entre ellos el informe de esta Junta de conformidad con el artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2.2. Relación de cláusulas del pliego que se apartan del pliego de cláusulas administrativas generales y que, a efectos del presente informe, pueden agruparse en dos grandes apartados según que su finalidad sea la adaptación del pliego a disposiciones legales o reglamentarias posteriores a su fecha de aprobación (año 1973) o finalidades distintas que justifican el criterio que se establece.

En el primer apartado figuran las siguientes cláusulas:

Cláusula II, que contradice la cláusula 1 del pliego de cláusulas generales por existencia del artículo 7.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cláusula IV, que contradice la cláusula 6 del pliego de cláusulas generales por exigencia del artículo 232 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cláusula V, párrafo 2, que contradice la cláusula 10 del pliego de cláusulas generales, por aplicación del artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cláusula VI, que contradice la cláusula 9 del pliego de cláusulas generales, por aplicación de los artículos 79 y 232 a 234 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cláusula VII.G.7., que contradice la cláusula 35 del pliego de cláusulas generales, por aplicación de la Orden de 10 de diciembre de 1998.

Cláusula VII.G.10.1, que contradice y la cláusula 45 del pliego de cláusulas generales, por aplicación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

Cláusulas VIII y X, que contradicen la cláusula 12 del pliego de cláusulas generales, por aplicación del artículo 235.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cláusula XV.2, que contradice la cláusula 15 del pliego de cláusulas generales, por aplicación de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre.

Cláusula XVI, que contradice la cláusula 105 del pliego de cláusulas generales, por aplicación del artículo 242.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cláusula XIX, en la que se reduce al 50% el límite del 80% que prevé la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales y posibilitando un porcentaje mayor en la subcontratación.

Cláusula XXIII, que contradice las cláusulas 107 a 112 del pliego de cláusulas generales por aplicación de los artículos 261 a 266 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el segundo apartado deben figurar las cláusulas que contradicen el pliego de cláusulas generales y su justificación que son las siguientes:

Cláusulas VII.B y XIV. Contradice, las cláusulas 8, e) y 64 del pliego de cláusulas generales. La cláusula VII.B por remisión a la XIV establece los plazos para la presentación de los proyectos de trazado y construcción, que serán de seis y doce meses respectivamente desde la Orden de adjudicación (el pliego de cláusulas generales establece seis y ocho meses de antelación a la realización de las obras), y un plazo de iniciación de las obras que en ningún caso deberá superar los cuatro meses desde la aprobación del proyecto de construcción (el pliego de cláusulas generales establece que en ningún caso la diferencia entre los plazos de iniciación de las obras y de presentación de los correspondientes proyectos de construcción será inferior a seis meses). Cuatro meses es el plazo máximo que se puede conceder a esta fase de tramitación, al objeto de la puesta en servicio de la autopista simultáneamente con la ronda exterior de circunvalación y habida cuenta de los plazos necesarios para una correcta ejecución de las otras actividades (constitución de la sociedad, redacción de proyectos, expropiación, ejecución de obras, etc). Por otra parte es un plazo razonable para llevar a cabo los trámites exigidos en el pliego para el inicio de las obras

Cláusula VII.E.2.b). Contradice la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales. Se establece la no aplicación de la limitación establecida en la citada cláusula 46 para proporcionar flexibilidad en la financiación, suprimiéndose la limitación del período de financiación al 50% del período concesional.

Cláusula VII.G.7. Contradice la cláusula 35 del pliego de cláusulas generales. Por aplicación de la Orden de 10 de diciembre de 1998.

Cláusula XIV.7. Contradice la cláusula 54 del pliego de cláusulas administrativas generales. De acuerdo con las prescripciones del anteproyecto, la construcción de la autopista sólo puede entrar en servicio una vez que lo esté la nueva ronda de circunvalación oeste de Málaga.

Cláusula XV.4. Interpreta la cláusula 29 del pliego de cláusulas administrativas particulares, para introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos.

Cláusula XV.9. Contradice la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas generales, para favorecer la financiación de la concesionaria facilitando su acceso al mercado de valores.

Cláusula XV.6 y 11. Contradice las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas administrativas generales. Al no haber seguro de cambio, se modifica la cláusula 55 y no tiene sentido mantener la excepción de actualización de activos cuando tiene reflejo en la necesidad de dotar un mayor fondo de reversión. Se elimina también la reserva especial de la cláusula 54.b) al objeto de posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente ya mencionada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Esta Junta Consultiva en sus informes de 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, dos de 6 de mayo de 1999, de 28 de julio de 1999, de 30 de enero de 2003 y 23 de julio de 2003 (expedientes 55/97, 43/98, 45/98, 3/99, 24/99, 44/99, 7/02 y 38/03), emitidos también a petición del Ministerio de Fomento en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la construcción, conservación y explotación de autopistas de

peaje realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que, en parte y sucintamente, conviene reproducir en el presente informe.

En primer lugar, se razonaba que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 51 (hoy 50) 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 (hoy 49.4) de la propia Ley. Así lo reconoce el informe de la Abogacía del Estado que deslinda sus propias competencias y las de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

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. 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 podían considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por la Junta Consultiva. A las disposiciones que entonces se citaban hay que añadir expresamente la de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública que introduce importantes y numerosas modificaciones en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adicionando a la misma el Título IV del Libro II, artículos 220 a 266

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, conveniencia que se acentúa, de un lado, 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 de otro lado, por la importante modificación que en el régimen jurídico de las concesiones de autopistas ha supuesto la Ley 13/2003, de 23 de mayo, trámite 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 pasan 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, por no decir idénticas, a las de los pliegos informados por esta Junta en los anteriores informes ya reseñados.

a) Las cláusulas VII B y XIV del pliego contradicen las cláusulas 8 e) y 64 del pliego de cláusulas generales en cuanto reducen los plazos para la presentación de proyectos de trazado y construcción y de iniciación de obras, pero esta reducción queda justificada por ser los plazos establecidos razonables al objeto de que la puesta en servicio de la autopista sea simultánea a la de la ronda exterior de circunvalación y habida cuenta de los plazos necesarios para una correcta ejecución de otras actividades.

b) En la cláusula VII.E.2.b 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 concesional, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad a la financiación.

c) En la cláusula XIV.7, relativa al plazo de terminación de las obras y de apertura al tráfico se establecen prescripciones que pueden resultar contrarias a la cláusula 54 del pliego de cláusulas administrativas generales pero que están justificadas por la necesidad de entrada en servicio de la autopista con posterioridad a la nueva ronda de circunvalación oeste de Málaga.

d) En la cláusula XV.4 se interpreta la cláusula 29 del pliego de cláusulas generales, interpretación que se justifica para introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos.

e) En la cláusula XV.8 se establece la no aplicación de la cláusula 28.e) del pliego de cláusulas administrativas generales, eliminando la obligación de financiar activos no revertibles con fondos propios, eliminación que se establece al objeto de posibilitar la ampliación del objeto social reconocida legalmente.

f) La cláusula XV.9 modifica la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales encontrando su justificación en favorecer la financiación de la concesionaria facilitando su acceso al mercado de valores.

g) En las cláusulas XV.6 y II se declaran no aplicables las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales justificándose la inaplicación en la inexistencia de seguro de cambio, en carecer de sentido la excepción de actualización de activos cuando tiene reflejo en la necesidad de dotar un mayor fondo de reversión y en posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente al 50%.

CONCLUSIÓN

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, 6 de mayo de 1999, 28 de julio de 1999, 30 de enero de 2002 y 23 de julio de 2003, 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 la reiteración con que se vienen produciendo en los pliegos particulares cláusulas contrarias al pliego general. Esta conveniencia se ha acentuado, si cabe, con la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y las importantes y numerosas modificaciones que introduce en la regulación del contrato de concesión de obra pública.

2. Que, sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares introduce en relación con las cláusulas 8 e), 19, 28 e), 29, 46, 54, 55 y 64 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.