

**Informe 55/97, de 23 de diciembre de 1997. "Pliego de bases y pliego de cláusulas administrativas particulares para concurso público y adjudicación de concesión administrativa para construcción y explotación de autopista de peaje Alicante-Cartagena".**

### **2.3. Contratos de Gestión de Servicios Públicos. Pliegos de cláusulas administrativas particulares y generales.**

#### **ANTECEDENTES.**

1. Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

*«Adjunto se remite a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, el Pliego de bases y el Pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso público para la adjudicación de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante Cartagena: tramo desde la autovía A-7 (Alicante-Murcia) hasta Cartagena. El Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión se modifica, en el Pliego de bases, en las bases cuarta, quinta y octava, y en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, en las cláusulas 3ª, 4ª y 5ª.»*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo el pliego de bases y el pliego de cláusulas administrativas particulares para la licitación de la autopista Alicante-Cartagena de cuyas bases y cláusulas, a efectos del presente informe, conviene destacar los siguientes extremos:

a) Del pliego de bases:

- El apartado A de la base cuarta establece que *"la referencia que en la cláusula 14 del pliego de cláusulas generales se hace al artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas ha de entenderse hecha al artículo 282 del Texto Refundido de la misma Ley".*

- El apartado B de la misma base cuarta indica que *"las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias se regirán en la forma prevista en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, mediante títulos nominativos o 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 determina, 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 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%. No serán de aplicación, por tanto, los apartados a) y c) de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales".*

- El apartado E, también de la base cuarta consigna que *"la revisión y modificación del plan económico financiero previstas en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales no implicará nunca incremento del préstamo participativo concedido por el Estado".*

- La base décima establece que *"en todo lo no previsto en las anteriores bases será de aplicación lo establecido en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y en el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, ambas disposiciones para la construcción, conservación y explotación de autopistas en*

régimen de concesión. Con carácter supletorio será de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

b) Del pliego de cláusulas administrativas particulares:

- La cláusula 1, bajo el título de legislación aplicable, determina que "la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena: Tramo "Desde la Autovía A-7 (Alicante-Murcia) a Cartagena", se regirá por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; por las prescripciones de este Pliego y por el Pliego de Bases de este concurso; por las del Pliego de Cláusulas aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulte válidamente modificado por los anteriores; por el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje y, con carácter supletorio, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas".

- La cláusula 3, bajo el título de especialidades, en sus párrafos segundo y tercero, establece que "las acciones de la sociedad concesionaria podrán estar representadas mediante títulos nominativos o anotaciones en cuenta, según lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. No serán por tanto de aplicación los apartados a) y c) de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales" y que "en el caso de que la sociedad concesionaria obtuviera una o varias concesiones antes de la extinción de aquélla objeto del presente concurso no será de aplicación la cláusula 17 del Pliego de cláusulas generales. Tampoco será de aplicación la mencionada cláusula 17, cuando la sociedad concesionaria realice, dentro de su objeto social, otras actividades que le permita la Ley y cuya realización se extienda en el tiempo por encima de la duración de la concesión objeto del presente concurso".

- La cláusula 4, titulada recursos propios, establece en su párrafo octavo que "una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de alguno 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 que en cuanto a capital y recursos movilizados 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".

- La misma cláusula 4, en su párrafo noveno indica que "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, en caso de que se financien total o parcialmente con recursos ajenos, 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".

- La cláusula 5 referente a recursos ajenos determina en su párrafo segundo que "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 la concesión".

- La cláusula 9, titulada licitación de la obra viene a establecer, en su segundo párrafo, que en el caso de empresas agrupadas o vinculadas "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" concluyendo que "no será de aplicación por tanto la

*limitación del 80% que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales".*

- Finalmente la cláusula 25, referente a extinción y liquidación de la concesión viene a declarar en sus apartados II y III la no aplicación de los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales en cuanto a la devolución y liquidación a favor del concesionario del valor patrimonial de la concesión.

## **CONSIDERACIONES.**

1. El artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que "la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informará, con carácter previo, todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a lo previsto en los correspondientes pliegos generales" precepto que, interpretado conjuntamente con el artículo 50.4 de la propia Ley, viene a configurar la competencia específica de esta Junta en estos casos, que queda limitada a informar, con carácter preceptivo aunque no vinculante, las estipulaciones contrarias al correspondiente pliego de cláusulas generales, en este caso, el aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa deba extenderse a otros extremos a los que debe referirse el informe del Servicio Jurídico del Departamento previsto, también con carácter preceptivo pero no vinculante, en el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por lo demás el alcance del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene predeterminado correctamente en el escrito del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento al precisar que se solicita este informe a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al señalar expresamente las bases y cláusulas que modifican y, por tanto, contradicen el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

2. La conclusión anterior que, aparentemente y a primera vista, no parece suscitar especiales dificultades requiere, sin embargo, que, con carácter previo se determine el régimen jurídico de las concesiones de autopistas y, en particular, la incidencia que en las distintas cláusulas del pliego de cláusulas generales han podido producir disposiciones posteriores al año 1973, cuestión que evidentemente aparece como condicionante del contenido actual de dicho pliego y de la posible contradicción con el mismo de las bases y cláusulas de los pliegos que ahora se examinan.

La Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, establecía en su artículo 2 que las concesiones que constituían su objeto se regirían por lo dispuesto en la propia Ley y, supletoriamente por la legislación de contratos del Estado y en su disposición final tercera preveía la aprobación de un Pliego de cláusulas generales, que fue definitivamente aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

La disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a su contenido, no produjo este efecto derogatorio respecto de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, por cuanto, según la doctrina más autorizada la Ley general posterior -en este caso la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- no deroga la Ley particular anterior -en este caso la Ley 8/1972, de 10 de mayo-, confirmándose tal conclusión por la circunstancia de que el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social da nueva redacción a los artículos 2, 8.2, 13 f), 25 y 30.1 y añade un artículo 25 bis nuevo y una disposición adicional nueva a la citada Ley 8/1972, de 10 de mayo, siendo de destacar que la nueva redacción del artículo 2, apartado 1 viene ahora a establecer que "las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo

dispuesto en esta Ley que se aplicará y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado", con lo que pese a su defectuosa redacción -la ininteligible expresión "que se aplicará" y la remisión a "la legislación de contratos del Estado" y no a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas- no puede dejar duda alguna sobre la vigencia de la Ley 8/1972, de 10 de mayo.

Cuestión completamente distinta ha de plantearse en relación con el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, pues por su naturaleza de pliego de cláusulas para la contratación ha de ajustarse a las normas legales y reglamentarias que regulan la materia como expresamente establece el artículo 49.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, indicando que los pliegos de cláusulas administrativas generales han de ajustarse a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo y, por tanto, en este caso a los de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y, supletoriamente a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Con ello se quiere decir, como primera conclusión de este informe que los extremos de las cláusulas del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, que estén en contradicción con la Ley 8/1972, de 10 de mayo o con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas deben considerarse que han perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de las cláusulas o bases que traten de ajustarse a la normativa vigente, tanto de contratos administrativos como, en este caso que se examina, de Sociedades anónimas, no pueden considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por esta Junta.

Las consideraciones hasta aquí realizadas permiten apuntar dos cuestiones de índole formal, carentes de trascendencia substantiva en el presente expediente. La primera consiste en sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y del cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo en la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego de cláusulas administrativas particulares, con lo que se produciría un ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que solo distingue entre pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares evitándose además las innecesarias reiteraciones que en la redacción del pliego de bases y el de cláusulas administrativas particulares se observan. La segunda cuestión que debe suscitarse es la de la posibilidad de que, a la vista del desajuste del pliego de cláusulas generales de 25 de enero de 1973 con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas -y con otras disposiciones posteriores, como la Ley de Sociedades Anónimas, se procediera a modificar el pliego de cláusulas generales, con lo que este desajuste sería corregido, cumpliendo los trámites que actualmente establece el artículo 49 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En este momento también debe señalarse reiterando lo anteriormente expuesto que el régimen jurídico de las concesiones de autopistas viene predeterminado, con independencia del pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo y por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo que produce una doble consecuencia: de un lado, de que la base décima del pliego de bases y la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, aunque ajustadas a la cláusula 1 del pliego de cláusulas generales, deban ser corregidas en su redacción en el sentido apuntado y, de otro lado, de que todos los extremos de las bases y cláusulas de los pliegos que se examinan que tengan por exclusiva finalidad ajustar su contenido a la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como sucede en las bases tercera, quinta, séptima, octava y novena del pliego de bases o, en su caso, a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, como sucede en la base cuarta, apartado A del pliego de bases y en las cláusulas 3, párrafo primero, y 4, párrafo segundo del pliego de cláusulas administrativas particulares, no pueden considerarse estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales que requieren el informe preceptivo de esta Junta Consultiva.

**3.** Teniendo en cuenta las indicaciones anteriores se pasa a examinar los extremos del pliego de bases y del pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión de la autopista Alicante-Cartagena 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 Consultiva.

- En la base cuarta, apartado b) del pliego de bases y en la cláusula 3, segundo párrafo, del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones de la sociedad concesionaria podrán estar representadas mediante títulos nominativos o anotaciones en cuenta y que no serán de aplicación los apartados a) y c) de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales. En este extremo las citadas base cuarta y cláusula 3 de los pliegos se apartan y modifican el contenido de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria facilitando su acceso al mercado de valores, en particular a otras sociedades concesionarias y estableciendo un control del accionariado por parte de la Delegación del Gobierno en Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, similar al existente en el citado mercado de valores, se entiende justificada esta modificación de la cláusula 19 del Pliego de cláusulas generales.

- En la cláusula 3, párrafo tercero del pliego de cláusulas administrativas particulares se declara no aplicable la cláusula 17 del pliego de cláusulas generales en el caso de que la sociedad concesionaria obtuviese nuevas concesiones o realice otras actividades permitidas por la Ley. Como la cláusula 17 del pliego de cláusulas generales solo atendía a la duración de la sociedad determinada por la duración de la concesión, parece lógica esta excepción que prevé el otorgamiento de nuevas concesiones o la realización de nuevas actividades permitidas por la Ley a las sociedades concesionarias.

Con la misma previsión de que la sociedad concesionaria realice actividades distintas de la concesión, la cláusula 4, párrafo 9 exceptúa la aplicación de la cláusula 28 e) que imponía la financiación con recursos propios, admitiendo la financiación con recursos ajenos, para estas actividades distintas aunque exigiendo contabilidades separadas. Por responder a la nueva normativa que permite actividades distintas de la concesión a las sociedades concesionarias, esta excepción de la cláusula 28 d) del pliego de cláusulas generales se considera justificada.

- La cláusula 5, párrafo segundo del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que el período de financiación no podrá exceder del período de concesión y que, en consecuencia no será de aplicación la limitación de la mitad del plazo de concesión prevista en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales. Como esta modificación pretende flexibilizar la financiación considerando que serán las entidades financiadoras las que pongan, en su caso, límites temporales a su financiación, sin que, por otra parte, el límite de la mitad del plazo de la concesión suponga beneficio alguno para la Administración se considera justificada la modificación de la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales.

- La base cuarta, apartado E) del pliego de bases indica que la revisión y modificación del plan económico financiero previstas en la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales no implicará nunca incremento del préstamo participativo concedido por el Estado, con lo cual no se está estableciendo estipulación contraria al pliego de cláusulas generales, sino meramente aclarativa del contenido de su cláusula 47.

- La cláusula 4, octavo párrafo, del pliego de cláusulas administrativas particulares declara no aplicables las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales en cuanto a distribución de beneficios y materialización de reservas. La justificación de esta inaplicación se sitúa en la finalidad de flexibilizar la estructura financiera de la sociedad concesionaria, permitiendo una mayor tasa de rentabilidad para el

accionista y menor necesidad de aportación pública, eliminándose, además, la reserva especial que, sin aumentar la solvencia supone un coste importante para el concesionario. Por ello se consideran justificadas las declaraciones de los pliegos de inaplicación de las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales.

- La cláusula 9, segundo párrafo, del pliego de cláusulas administrativas particulares declara la no aplicación del límite del 80% prevista en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales, sustituyéndolo por el límite del 50% para las obras que el concesionario ha de realizar directamente, sustitución que por favorecer la subcontratación y la participación de pequeñas y medianas empresas merece un juicio favorable.

- La cláusula 25, apartados II y III del pliego de cláusulas administrativas particulares declara la no aplicación de los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Como la inaplicación en este caso tiene por objeto establecer un nuevo sistema de valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración que desincentive el incumplimiento del concesionario, también parece justificada, en este caso, la no aplicación de los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.

## **CONCLUSIONES:**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que, aunque conforme al artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el informe preceptivo de las estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, que se incluyen en los pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares para la concesión de la autopista Alicante-Cartagena, dicho informe no debe extenderse a los extremos de las bases y cláusulas que se ajustan a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas o a la Ley de Sociedades Anónimas y que, por tanto, no responden al concepto estricto de estipulaciones contrarias a los pliegos generales a que se refiere el citado artículo 51. Tampoco debe extenderse, por lo indicado al comienzo de las consideraciones a extremos sobre los que necesariamente debe pronunciarse el Servicio Jurídico del Departamento, de conformidad con el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que las restantes modificaciones que los pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares contienen en relación con el pliego de cláusulas generales, en cuanto alteran el contenido de sus cláusulas 17, 19, apartados a) y c), 28.c), 46, 47, 54, 55, 67 y 107, apartados e) y f) se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 3 de este informe.