Informe 35/03, de 23 de julio de 2003. "Pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo y autovía libre de peaje A - 40 Castilla-La Mancha".

ANTECEDENTES.

1. Por el Director General de Carreteras del Ministerio de Fomento se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Adjunto se remite a efectos de lo dispuesto en el Artículo 50 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/200 de 16 de junio, el "Pliego de cláusulas para el concurso, por procedimiento abierto, de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo y autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo: circunvalación Norte de Toledo".

Se acompaña asimismo informe de 11 de julio de 2003, emitido por la Abogacía del Estado del Departamento a dicho Pliego.

Se consideran estipulaciones contrarias al Pliego de Cláusulas Generales, las cláusulas 4.2, 4.4, 9, 11.2, 11.3, 16.1, 30.2, 30.4, 30.6, 31.2, 40.9, 41, 52 y 53. Asimismo se acompaña justificación de las mismas."

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo la siguiente documentación:

a) Pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso, por procedimiento abierto, de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo y autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, Tramo: Circunvalación Norte de Toledo.

b) Justificación de las estipulaciones contrarias al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de Enero, contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares a que hace referencia el apartado anterior.

c) Informe de 11 de julio de 2003 de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento en el que, después de manifestar que el pliego se considera ajustado a Derecho, señala que, de conformidad con el artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe remitirse el mismo a informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. Del pliego remitido a informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa deben destacarse, a efectos del presente informe las siguientes cláusulas y apartados:

"Cláusula 4. De la Sociedad Concesionaria

Apartado 2. 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 esta 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 del Pliego de Cláusulas Generales se entenderá modificada por lo dispuesto en la presente cláusula.

Apartado 4. No serán de aplicación a efectos de este pliego, la cláusula 54.b) y su subsiguiente aclaración ni la cláusula 55 del Pliego de Cláusulas Generales.

Cláusula 9. De la duración de la concesión

Apartado 1. El plazo de concesión de objeto de este concurso tendrá una duración de treinta y seis (36) años, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 de esta cláusula. El plazo se computará desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto de adjudicación de la Concesión.

Apartado 2. El concesionario podrá disfrutar de hasta cuatro (4) años más de concesión si cumple con los criterios anunciados en la Cláusula 25.

Cláusula 11. Extinción y liquidación de la concesión

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 (incumplimiento de las obligaciones impuestas por el concesionario), 108 (extinción de la personalidad jurídica del concesionario) y 109 (quiebra del concesionario) 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 en su caso la cuota de amortización que en función del número de años corresponda de acuerdo al plan económico financiero aprobado.

b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización y 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.

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 la 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 de los gastos financieros devengados y no vencidos en concepto de remuneración del préstamo participativo aportado por el Estado.

c) En tercer lugar, se retendrá el importe vivo del préstamo participativo aportado 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.

d) En cuarto lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubieren sido concedidos a la sociedad concesionaria por sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 30 del presente pliego.

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

Cláusula 16. Licitación de las obras

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 30. 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 presentar 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, entre los que se incluirá el importe del principal y los intereses devengados y no vencidos del préstamo participativo aportado por el Estado a la sociedad concesionaria en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 33 del presente pliego.

b) Se considerarán como recursos desembolsados por los accionistas el capital social desembolsado, las reservas de libre disposición así como los préstamos subordinados y efectivamente desembolsados concedidos por los accionistas a la sociedad concesionaria. Dichos préstamos tendrán la consideración de subordinados respecto al total de recursos ajenos de la sociedad concesionaria, incluido el pasivo contraído con el Estado en razón del préstamo participativo que en su caso se haya concedido, 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 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 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 en este pliego 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 31. 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 40. Proposición

Apartado 9. 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 mismas.

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:

a) Plazos previstos para la presentación de proyectos de trazado y construcción que, en ningún caso serán superiores a los establecidos en la Cláusula 51.

b) Plazo previsto para el cierre de la financiación, que en ningún caso será superior al establecido en la Cláusula 53.

c) Plazo previsto para la iniciación de las obras, que en ningún caso será inferior al establecido en la Cláusula 52.

d) Plazo previsto para la apertura al tráfico, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula 54.

No resulta de aplicación lo indicado a este respecto en la cláusula 64 (relativa a la presentación y aprobación de proyectos) del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 41. Variables de la licitación que obligan una vez finalizada la construcción de la autopista

La revisión y modificación del plan económico-financiero 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 15 de la cláusula 40.

b) La ratio de capitalización a que se refiere el apartado i) de la letra 15.d) de la cláusula 40.

c) La ratio de solvencia a que se refiere el apartado i) de la letra 15.e) de la cláusula 40.

d) La duración de la concesión.

e) Los límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere el apartado 13 de la cláusula 40.

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 52. Plazo para la iniciación de las obras

El plazo de iniciación de las obras en ningún caso será superior a dos meses desde la fecha de aprobación del proyecto de construcción, que deberá presentarse de acuerdo con la cláusula 51.

Cláusula 53. Plazo para el cierre de la financiación

El plazo máximo para el cierre de la financiación definitiva de la autopista será de seis meses antes del plazo de apertura al tráfico establecido en la Cláusula 54. Dicha financiación debe corresponder en términos generales ala que se presentó en la oferta.

En cualquier caso, el concesionario deberá garantizar y justificar suficientemente en su oferta que en el período desde que se firma el contrato de concesión hasta que se completen las inversiones previstas, la concesión cuente con los recursos necesarios, bien a través de un crédito puente o bien a través de la aportación de recursos propios adicionales por parte del concesionario, para construir y explotar la obra del modo previsto.

El incumplimiento de este precepto llevará a que la Administración ejecute la garantía definitiva de construcción establecida en la Cláusula 15 del presente pliego."

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 y de 30 de enero de 2002 (expedientes 55/97, 43/98, 45/98, 3/99, 24/99, 44/99 y 7/02) emitidos también a petición del Ministerio de Fomento en relación con los pliegos 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, en parte y sucintamente conviene reproducir en el presente:

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.

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 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 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) En la cláusula 4, apartado 2, se modifica la cláusula 19 (apartados a) y c) del pliego de cláusulas generales, pero dada la finalidad de favorecer la financiación de la concesionaria facilitando su acceso al mercado de valores, se considera justificada.

b) En las cláusulas 4, apartado 4 y 30, apartados 4 y 6, se modifican las cláusulas 54 b) y 55 del pliego de cláusulas generales, eliminando la reserva especial y la obligación de financiar activos no revertibles con fondos propios. Como estas modificaciones persiguen 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 aplicación del objeto social reconocido legalmente, razones que justifican el contenido de las cláusulas de referencia.

c) En la cláusula 9 se modifican las cláusulas 104 y 106 a) del pliego de cláusulas generales, permitiendo hasta cuatro años más de concesión sobre el plazo inicialmente otorgado. Como esta modificación pretende primar la calidad por encima de lo exigible en el contrato, se considera justificada.

d) En la cláusula 11, apartados 2 y 3, se modifican 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 desincentivar el incumplimiento del concesionario y conseguir la máxima eficiencia de la garantía que “de facto”, está concediendo la Administración.

e) En la cláusula 16, 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 general reflejada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a ampliar la participación de otras empresas y el porcentaje en la subcontratación.

f) En la cláusula 30, apartado 2, se modifica la cláusula 29 del pliego de cláusulas generales y se considera justificada por introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos.

g) En la cláusula 31, 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 periodo máximo de financiación a la mitad del periodo de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad a la financiación, teniendo en cuenta de las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.

h) En las cláusulas 40, apartado 9 y 52, del pliego de cláusulas particulares se reducen los plazos de presentación y aprobación de proyectos previstos en la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales, reducción justificada por la urgencia de estas obras.

i) La cláusula 41, afectando a la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, introduce 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 reintegrales, sino como prestamos 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.

j) La cláusula 53 del pliego de cláusulas administrativas particulares limita a dos meses el plazo de seis meses previsto en la cláusula 8 e) del pliego de cláusulas generales, limitación justificada por la necesidad y urgencia de las obras.

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 y 30 de enero de 2002 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 8 e), 19 a) y c), 29, 46, 47, 55, 64, 67, 104, 106 a) y 107 e) y j) 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.