

# Fianzas de construcción y de explotación: retención y ejecución

## Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

---

Los contratos de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje exigen, para su válida celebración, la constitución por el concesionario de las garantías de construcción y de explotación, que responden a obligaciones diversas.

Ante qué circunstancias y por qué razones cabe su retención, incautación y/o ejecución, y en virtud de qué normas, son cuestiones no exentas de polémica. El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia 715/2020<sup>1</sup>, aborda y resuelve algunas de ellas.

El 13 de julio de 2018 el Consejo de Ministros dictó un acuerdo por el que se dispuso la resolución del contrato de concesión de obra pública para construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Ocaña-La Roda y la autopista libre de peaje A-42 tramo N-301-Atalaya de Cañavate (AP-36)<sup>2</sup>, en el que se convino:

1. Resolver el contrato de concesión.

---

<sup>1</sup> STS 715/2020, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 10 de junio de 2020.

<sup>2</sup> En el Boletín Oficial del Estado de 14 de julio de 2018 consta la Resolución de 13 de julio de 2018, de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, por la que se dispone la publicación del Acuerdo Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Ocaña-La Roda y la autopista libre de peaje A-42, tramo: N-301-Atalaya del Cañavate.

# G A \_ P

2. Ordenar al Ministerio de Fomento que **retuviera el 100% de la fianza de construcción**, a fin de garantizar el pago de la cantidad debida en concepto de 1 % cultural e **incautar la fianza de explotación** depositada de conformidad con lo establecido, respectivamente, en las cláusulas 25 y 79 del Decreto 215/1973<sup>3</sup>;
3. Ordenar al Ministerio que tramitara el expediente de liquidación del contrato, con la debida cuantificación del valor de la responsabilidad patrimonial de la Administración.
4. Autorizar al Ministerio de Fomento para que adoptara las medidas provisionales que fueran precisas para garantizar la correcta prestación del servicio.
5. Ordenar al referido departamento ministerial para que procediera a **ingresar en el Tesoro público, con cargo a la fianza de construcción retenida**, la inversión correspondiente a la parte del 1% cultural que no había sido ejecutada, atendible mediante la fianza, y ordenar al Ministerio de Fomento que inicie un expediente para determinar y exigir el montante de la inversión del 1% cultural que no puede atenderse mediante la fianza.

Contra el referido acto se interpuso recurso contencioso administrativo por la representación procesal de la “Autopista Madrid Levante, Concesionaria Española S.A.”, en liquidación, solicitando que se anulara el Acuerdo del Consejo de Ministros únicamente en cuanto ordenaba incautar la **garantía de explotación y ejecutar la garantía de construcción**, de modo que el *petitum* se contrae a la declaración de nulidad de los apartados 2 y 5 señalados y en los términos descritos.

- I. Respecto de la **incautación de la garantía de explotación**, la impugnación se fundamenta en la consideración de que tal decisión no era procedente por no encontrarse en situación de quiebra (concurso) fraudulento al momento de la resolución de la concesión. Refiere la concesionaria que la Administración lleva a cabo una interpretación literal de la cláusula 79 del Pliego de Cláusulas Generales (en relación con la 109 PCGC) considerando la quiebra como una causa de extinción que determina en forma objetiva la incautación de la garantía de explotación sin entrar a valorar si hay, o no, un incumplimiento culpable. Entiende que esa posición desconoce el principio de jerarquía normativa, y conduce a una conclusión contraria a Derecho, pues el PCGC de 1973 ha sido superado por la normativa de rango legal y reglamentario posterior en materia de contratos, que establece la quiebra del contratista **solo conllevará la pérdida de la garantía definitiva cuando sea culpable o fraudulenta**.

---

<sup>3</sup> Decreto 215/1973, de 25 de enero, que aprobó el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

Frente a tal posición se advierte en el fundamento jurídico tercero que esa misma problemática fue ya resuelta en Sentencia de 9 de junio de 2020 dictada por la misma Sala y Sección<sup>4</sup>, señalando que el régimen jurídico aplicable a la concesión, de conformidad con lo establecido en la cláusula 3 del Pliego y el artículo 15 del Real Decreto 280/2004, de 13 de febrero (por el que se adjudicó la concesión sobre la que versaba la controversia), está integrado entre otras normas, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión<sup>5</sup>; así como que *“antes que se pueda dar aplicación supletoria a la legislación de contratos hay que atender en forma previa a la Ley de autopistas, que se integra con las normas dictadas en su desarrollo y con los pliegos específicos de cláusulas particulares y generales”*<sup>6</sup>.

En la referida Sentencia la Sala sostuvo que de conformidad con los artículos 32.4 y 34 de la Ley 8/1972, la cláusula 11 del PCP -que se remite, a propósito de la extinción y liquidación de la concesión, además de a los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la sección 3 del capítulo IX del pliego de las cláusulas generales- y a la cláusula 109 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el referido pliego, **la quiebra<sup>7</sup> de la Sociedad concesionaria, determinará la extinción de la concesión y la pérdida de la fianza.**

Considera por ello el Tribunal Supremo en su Sentencia – reiterando lo señalado en la anterior que cita – que el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado lleva a cabo una aplicación correcta de la cláusula 79 del Pliego general, que dispone que **la extinción de la concesión determinará la devolución de la fianza de explotación, siempre que aquella no tenga lugar por incumplimiento, quiebra (...)** y una vez solventadas todas las obligaciones frente a la Administración concedente y, en particular, las que se refieren al perfecto estado de la

---

<sup>4</sup> Recurso contencioso administrativo 396/2018.

<sup>5</sup> De conformidad con la cláusula 3 referida, el régimen jurídico aplicable a la concesión era el siguiente: *“La concesión objeto de este concurso se regirá por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por las prescripciones de este pliego, por las del pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 enero, en lo que no resulte válidamente modificado por el anterior, y 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, modificado por los Reales Decretos 690/2000 y 1475/2000 por los que se establece y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento”*.

<sup>6</sup> Así lo sostuvo el Consejo de Estado en su dictamen número 382/2018, de 17 de mayo de 2018, relativo a del contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Ocaña-La Roda y la autovía libre de peaje A-42, tramo N-301 Atalaya del Cañavate, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2018-382>

<sup>7</sup> Esa referencia a la quiebra, debe entenderse realizada hoy al concurso, según la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio.

autopista en punto a su conservación. Ello es así porque, a la regla de la devolución de la fianza al extinguirse la concesión, opone la cláusula 79 la **excepción de la quiebra**. Resulta así que cuando la concesión se extingue por esa causa no procederá devolver la fianza de explotación al concesionario. Recuerda, además, la STS, reproduciendo lo sentado en la anterior que cita, que tiene razón el Abogado del Estado cuando, en sus conclusiones, defiende que *“el negocio concesional no descarta el beneficio razonable del empresario y está esencialmente publicado. Persigue un interés público que debe prevalecer con la pérdida de la garantía de explotación, en cuanto se financia la concesión con cargo al riesgo de todos y supone una relación de supremacía de la Administración concedente que se ha frustrado con la quiebra -hoy concurso- del concesionario, que se involucró en el proyecto a su riesgo y ventura”*.

- II. En lo concerniente a la **decisión de retener y ejecutar la garantía de construcción**, señala el fundamento jurídico cuarto de la STS 715/2020, que esa cuestión ya fue abordada y resuelta en por esa misma Sala y Sección en sentencia dictada el día 28 de mayo de 2020<sup>8</sup>, en la que se concluyó que **no procede la incautación de la fianza de construcción no devuelta**. La fianza de construcción asegura la responsabilidad de la concesionaria frente a la Administración, no frente a terceros, y tiene por objeto la prestación principal consistente en la construcción de las obras objeto de la concesión (cláusula 25 del PCAP).

Considera la sentencia, de conformidad con el Consejo de Estado, que sí cabe, conforme a la cláusula general 25, la **retención de la fianza de construcción** a los efectos de ingresar en el Tesoro Público con cargo a ella la inversión correspondiente al 1% cultural (obligación impuesta por el artículo 59 del Real Decreto 11/1986) que no ha sido ejecutada, de manera que el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 59 del Real Decreto 11/1986 justifica retener la fianza (que no ejecutarla). Añade que, ni en la demanda ni en las conclusiones, la recurrente ha dicho que ha ejecutado plenamente esa inversión cultural. Pudo haber desvirtuado el punto de partida del acuerdo del Consejo de Ministros en este punto, pero no lo ha hecho. Se ha limitado a remitirse al procedimiento de liquidación y a sostener que no procede la incautación sino la retención de esta garantía a resultas de dicha liquidación, pero no ha dicho haber invertido ese 1%. Así, pues, no contradicho el planteamiento del acuerdo del Consejo de Ministros y no siendo posible realizar ya esa inversión, no es contrario a Derecho que se ingrese en el Tesoro Público, tal como acordó el Consejo de Ministros, el importe de la inversión del 1% cultural con cargo a la fianza de construcción no devuelta a la concesión.

Así las cosas, falla el Alto Tribunal que procede la estimación parcial del recurso, **declarando exclusivamente la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018 en cuanto en su punto 5º acuerda la ejecución de la fianza de construcción**.

---

<sup>8</sup> Recurso contencioso administrativo 360/2018

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.