



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de marzo de 2009

Informe 12/08, de 17 de marzo de 2009. Contrato de concesión de obras públicas. Obras complementarias. Capacidad y solvencia de la sociedad concesionaria

Antecedentes

1. La Secretaria General de la Consejería de Vivienda y Obras Públicas ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

“Que en fecha 10 de octubre de 2008 el Consejero de Vivienda y Obras Públicas ordenó el inicio del expediente de obras Complementario 1. Desdoblamiento de la carretera C-713 de Ibiza a Sant Antoni. Embellecimiento del acceso al núcleo de Sant Rafel con un presupuesto total de 688.843,32 euros.

La Mesa de Contratación para la adjudicación del contrato de referencia se constituyó en sesión de día 21 de noviembre de 2008.

La Mesa observó que IBISAN SOCIEDAD CONCESIONARIA S.A., la empresa contratista del contrato principal de concesión de la obra pública Desdoblamiento de la carretera C-713 de Ibiza a Sant Antoni y única empresa invitada en el negociado, no cumple ni el objeto social ni la clasificación exigida en el complementario. Por lo que, a los efectos de adjudicar el contrato de obra complementaria de referencia, se plantearon dudas razonables, si es suficiente tener en cuenta el objeto social y la clasificación de las empresas FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., Y ENRIQUE ORTIZ E HIJOS, CONTRATISTAS DE OBRAS, S.A., empresas adjudicatarias del contrato de concesión de obra pública de la obra principal.

Por tanto, la Mesa acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB sobre si a los efectos de adjudicar el contrato de obra complementaria de referencia, es suficiente tener en cuenta el objeto social y la clasificación de las empresas FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., Y ENRIQUE ORTIZ E HIJOS, CONTRATISTAS DE OBRAS, S.A., empresas



adjudicatarias del contrato de concesión de obra pública de la obra principal, según Resolución de la Consejera de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 2 de agosto de 2005, y únicas empresas accionistas de la empresa IBISAN SOCIEDAD CONCESIONARIA S.A., según consta en la escritura de constitución de ésta, de fecha 11 de agosto de 2005, otorgada ante el notario del Ilustre Colegio de Baleares Álvaro Delgado Truyols, con núm. de protocolo 3586.

Llegados a este punto, con el objeto de conocer la interpretación que al respecto le merece, y en virtud de lo que se establece en los artículos 2.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva, y 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, al respecto de la legitimación activa para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita informe sobre las cuestiones que a continuación se plantean:

- 1. A los efectos de poder adjudicar un contrato de obra complementaria cuya obra principal es la obra de una concesión de obra pública, ¿puede tenerse en cuenta el objeto social y la clasificación de las empresas adjudicatarias del contrato principal de concesión de obra pública, socios de la empresa concesionaria invitada en el negociado del complementario?*
 - 2. En caso de que la primera cuestión no sea afirmativa, ¿cómo puede articularse la posibilidad de adjudicar la obra complementaria al contratista de la obra principal?”*
2. La Secretaria General de la Consejería de Vivienda y Obras Públicas está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico emitido por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Vivienda y Obras Públicas, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa a la posibilidad de tener en cuenta el objeto social y la clasificación de las empresas socias de la empresa concesionaria de una obra pública, a los efectos de poder adjudicar a la



sociedad concesionaria un contrato de obra complementaria mediante el procedimiento negociado.

En el caso de que no sea posible, se plantea la cuestión relativa a cómo se puede articular la posibilidad de adjudicar la obra complementaria al contratista de la obra principal.

Con carácter previo debe señalarse que los informes de la Junta Consultiva no pueden sustituir, en ningún caso, los informes preceptivos de los servicios jurídicos correspondientes ni pueden pronunciarse, con carácter general, para resolver cuestiones concretas de un expediente, sino que tienen que interpretar la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten alguna duda o alguna contradicción, y siempre desde la perspectiva de que estas interpretaciones puedan ser de interés general.

En consecuencia, las consideraciones que se hacen en este Informe son de carácter general, sin entrar a analizar el *iter* administrativo del expediente en cuestión. No obstante, debe indicarse que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), el expediente de obras complementarias respecto del que se formula la consulta debe regirse por las disposiciones de esta Ley.

2. El contrato de obras y el contrato de concesión de obra pública se definen en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

El apartado 2 *b* del artículo 1.1 establece que:

Son «contratos públicos de obras» los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una «obra» es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

El artículo 1.3 dispone que:

La «concesión de obras públicas» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras



consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien a dicho derecho acompañado de un precio.

Por tanto, la concesión de obras públicas se configura como una modalidad de contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la diferencia de que la contrapartida de las obras consiste, bien únicamente en el derecho a explotar la obra, bien en este derecho acompañado de un precio.

Estos contratos se definían en términos similares en el artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, precedente de la Directiva 2004/18/CE.

La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 12 de abril de 2000 (2000/C121/02), pone de manifiesto que la nota distintiva de la concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de ésta, y que este derecho de explotación puede ir acompañado de un precio.

El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o la percepción de tarifas) durante un cierto período de tiempo. Además, implica la transferencia de la responsabilidad de la explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de obra; es decir, se transfieren al concesionario los riesgos inherentes a la explotación. En el caso de que los poderes públicos asuman las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltaría el elemento del riesgo, y en este caso la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.

3. La Ley de Contratos del Sector Público, que incorpora al derecho nacional la Directiva 2004/18/CE, define este tipo contractual en el artículo 7, que dispone en el primer apartado que:

La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 [que define el contrato de obras], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.



El régimen jurídico aplicable a este contrato se halla en los artículos 112 a 115, en cuanto a las actuaciones preparatorias, y en los artículos 223 a 250 en cuanto a los efectos, el cumplimiento y la extinción. Además, de acuerdo con el apartado *a* de la disposición derogatoria única, todavía están vigentes los artículos 253 a 260, ambos incluidos, del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en lo sucesivo, TRLCAP), relativos a la financiación privada.

Cabe recordar que el contrato de concesión de obra pública se había configurado tradicionalmente como un contrato mixto de obras y de gestión de servicio público, en el que las prestaciones de ambos contratos se llevaban a cabo sucesivamente, y que fue regulado con intensidad en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, que modificó el TRLCAP para introducir el régimen de esta modalidad de contrato.

4. La posibilidad de llevar a cabo obras complementarias en un contrato de concesión de obra pública se prevé expresamente en el artículo 61 de la Directiva, así como en diversos preceptos de la LCSP.

El artículo 233.1 de la LCSP, bajo el epígrafe *Modificación de la obra pública*, dispone que:

El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación de la obra pública, si concurren las circunstancias del artículo 202, así como su ampliación o la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

El artículo 155 *b*, bajo el epígrafe *Contrato de obras*, relativo a los casos en que las obras pueden adjudicarse mediante procedimiento negociado, incluye las obras complementarias que no figuren en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que a causa de una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y su ejecución debe confiarse al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública.

Para aplicar este supuesto tienen que concurrir también los requisitos siguientes:



- Que las obras no se puedan separar técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aún siendo separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.
- Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 % del precio primitivo del contrato.

Las obras complementarias que no cumplen los requisitos mencionados deben contratarse de forma independiente, es decir, mediante los procedimientos abierto o restringido.

La adjudicación de obras complementarias al concesionario en los términos previstos en el artículo 155 *b* está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, de acuerdo con su artículo 61.

5. El escrito de consulta plantea una duda en relación con la capacidad y la solvencia de la sociedad concesionaria en el expediente de contratación por procedimiento negociado de las obras complementarias de un contrato de concesión de obra pública.

La regulación de la capacidad de las personas jurídicas se halla en el artículo 46 de la LCSP, que dispone que:

- 1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.*
- 2. Quienes concurran individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.*

Por tanto, de acuerdo con el artículo 46, se produce una disociación entre el licitador o grupo de licitadores, que resultan adjudicatarios del contrato, y la sociedad concesionaria, que deviene titular de la concesión.

Cabe señalar que en el ámbito de las concesiones de obra pública es habitual que el contrato de concesión se perfeccione con las empresas que participaron en la licitación y que sea ejecutado por otra empresa, la sociedad concesionaria,



que, pese a ser diferente de las licitadoras, es constituida por éstas. Así, la sociedad encargada de explotar la concesión es un instrumento creado con esta finalidad por las empresas adjudicatarias del contrato, todo ello de acuerdo con las prescripciones de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o el documento que rija la licitación.

A pesar de que tienen personalidad jurídica distinta, existe una vinculación entre sí que el ordenamiento jurídico tiene en cuenta. Así, el artículo 250 de la LCSP, que es una transposición del artículo 63 de la Directiva 2004/18/CE, se refiere a la publicidad de los contratos de obras que el concesionario adjudique a un tercero, y dispone que no tienen la consideración de “terceros” las empresas que se han agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a éstas. Por tanto, estas empresas se equiparan al concesionario.

La duda relativa a la adecuación entre el objeto social de la sociedad concesionaria y el objeto del expediente de contratación de las obras complementarias se resuelve de manera sencilla teniendo en cuenta la descripción o la explicación de lo que se considera obra complementaria y el hecho que está íntimamente vinculada en la obra principal.

Así, el artículo 155 *b* de la LCSP prevé la adjudicación al concesionario, mediante procedimiento negociado, de las obras complementarias que no figuren en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que a causa de una circunstancia imprevista pasen a ser **necesarias para ejecutar la obra tal como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla**. Es decir, se trata de una obra que tiene como finalidad permitir la ejecución de la obra inicialmente prevista y que **es precisamente el objeto del contrato de concesión**, que no puede separarse técnica o económicamente del contrato principal o que, siendo separable, es estrictamente necesaria para su perfeccionamiento.

La adjudicación de las obras complementarias al concesionario por procedimiento negociado cuando concurren los requisitos que prevé el artículo 155 *b* parece bastante coherente si tenemos en cuenta la vinculación que hay entre estas obras y el contrato principal, y así lo ha entendido el legislador al permitir expresamente esta posibilidad.

Además, las sociedades concesionarias deben tener un objeto social adecuado a la naturaleza del contrato (es decir, la construcción, la conservación, el mantenimiento y la explotación de la obra objeto del contrato de concesión, tal como sucede en el caso que se someta a consulta), y, por tanto, hay que



considerar, con carácter general, que la ejecución de obras complementarias que permiten cumplir la finalidad de la obra principal está incluida en el objeto social de las sociedades concesionarias.

6. En cuanto a la clasificación empresarial exigible en los contratos de concesión de obra pública, tradicionalmente y durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda se ha pronunciado en el sentido de no exigir clasificación, en concreto la Junta Consultiva considera que no debe exigirse clasificación al concesionario que no vaya a ejecutar las obras. Así se constata, por ejemplo, en los informes 49/97 y 2/08.

Si bien es cierto que no se ha de exigir la correspondiente clasificación al concesionario que no ejecute las obras directamente, cabe considerar que sí debe exigirse la clasificación al empresario que ejecute directamente las obras, con independencia de si es o no es socio de la sociedad concesionaria, todo ello teniendo en cuenta la finalidad que cumple la exigencia de clasificación empresarial.

Así pues, si bien la sociedad concesionaria no requiere estar clasificada, sí que tiene que acreditar que el empresario que vaya a ejecutar materialmente las obras dispone de la clasificación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por tanto, la sociedad concesionaria debería presentar un compromiso de ejecutar las obras por medio de las empresas adjudicatarias del contrato principal y socias de la concesionaria, acreditando la clasificación de éstas, o bien por medio de un tercero, que debe estar clasificado.

Conclusión

Dada la naturaleza de las obras complementarias de un contrato de concesión de obra pública y dado que la Ley permite su adjudicación a la sociedad concesionaria mediante el procedimiento negociado cuando concurren los requisitos del artículo 155 *b*, se debe considerar que la sociedad concesionaria dispone, en cuanto al objeto social, de la capacidad necesaria para ejecutar el contrato. En cuanto a la clasificación empresarial, la sociedad concesionaria no requiere estar clasificada, pero tiene que acreditar que el empresario que ejecute materialmente las obras dispone de la clasificación exigida, tanto si se trata de un socio de la concesionaria como de un tercero.