



La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha aprobado, en su sesión de 3 de abril de 2025, el siguiente informe:

Informe 30/2024

Materia: Dudas sobre la sociedad concesionaria y las UTEs en contratos de concesión de obras.

ANTECEDENTES

El Director General del Instituto de Turismo de España ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“SOLICITUD DE INFORME EN RELACIÓN A DIVERSAS DUDAS SOBRE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA Y LAS UTEs EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS

Por parte del Instituto de Turismo de España se está en proceso de redacción de unos pliegos de un contrato de concesión de obras regulado en los artículos 247 y ss de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (En adelante, LCSP).

A este respecto se pretende exigir que los licitadores que finalmente resulten adjudicatarios se constituyan en una sociedad que será titular de la concesión según establecen los artículos 66.2 y el 250.1.d).1º y 250.1.h) de la LCSP:

“Artículo 66. Personas jurídicas. (...)

2. Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras o de servicios, 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”.

“Artículo 250. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos: (...)

d) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:

1.º Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras (...)

h) Características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria”.

Parece ser que la única forma de concurrir conjuntamente a una licitación es a través de una UTE según se establece en el artículo 69 de la LCSP.

Del mismo modo se deduce que la adjudicación debe de hacerse en favor de la UTE ya constituida según el artículo 69.1 de la LCAP:

“Artículo 69. Uniones de empresarios.

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.”

Por otro lado, la referencia del artículo 66.2 a que la sociedad será la “titular de la concesión” parece orientar a que a que la formalización se lleve a cabo con ella, ya que



si no es así no existiría ningún documento público firmado por el concesionario donde se acordase esa titularidad.

Esto conduce a una conclusión que se antoja un tanto farragosa tanto para el órgano de contratación como para los licitadores que no es otra que obligarles a constituir una UTE antes de la adjudicación (que posteriormente parece un papel “vacío” de contenido aunque haya de mantenerse durante toda la vigencia de la concesión) y una sociedad antes de la formalización que será la titular de la concesión.

Tampoco queda claro si puede extenderse la responsabilidad solidariamente a los participantes en la sociedad tal y como parece que se establece en el artículo 69.3 de la LCSP para el caso de las UTES:

“Artículo 69. Uniones de empresarios. (...)

3. Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa”.

No aporta mucha luz respecto de estas cuestiones el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no se refiere expresamente al contrato de concesión de obras siendo la figura contractual más afín el llamado “Contrato de gestión de servicios públicos”, la cual que no aclara nada al respecto de las dudas surgidas.

Por último existe una norma, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Que si bien no aparece como derogada en el BOE se tienen dudas sobre su vigencia ya que parece añadir una serie de artículos al, este sí



derogado, 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. Estos artículos por otra parte son muy similares a los de la normativa actual referida a este tipo de contratos por lo que se ha interpretado que no son de aplicación. En cualquier caso en su redactado tampoco aporta información que pueda aclarar en la interpretación.

Derivado de todo lo anterior y en virtud del artículo 328.3.c) de la LCSP y el artículo 2 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se plantean a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado las siguientes cuestiones:

1-¿Pueden presentar una oferta un grupo de licitadores con el compromiso de constituir una sociedad?¿O sólo es viable presentarse conjuntamente a una licitación con el compromiso de constituir una UTE?

2-Si la respuesta a la pregunta 1 es afirmativa y es posible que un grupo de licitadores se presente con el compromiso de constituir una sociedad pero sin necesidad de constituir una UTE (y por tanto sin aportar ningún tipo de compromiso a este respecto), ¿puede aplicársele a una sociedad titular de la concesión el artículo 69 de la LCSP de manera análoga a como si fuese una UTE?. Resulta especialmente relevante a efectos de la forma de cálculo de la solvencia.

3-En caso de que la respuesta a la pregunta 1 sea negativa y haya que presentarse a la licitación con ambos compromisos, el compromiso de constituir una UTE y el compromiso de constituir una sociedad que será titular de la concesión. ¿La adjudicación se llevaría a cabo a favor de la UTE o de la Sociedad? ¿Y la formalización a favor de la UTE o de la Sociedad?

4- Si en respuesta a la pregunta anterior, la junta consultiva considera que tanto la adjudicación como la formalización deben de hacerse a favor de la UTE, ¿ha de suscribirse con el concesionario algún tipo de documento adicional donde se establezca



que la sociedad será titular de la concesión, o con que se establezca así en los pliegos es suficiente?

5-Por último, ¿se puede exigir en los pliegos que los licitadores que hayan presentado la oferta sean responsables solidariamente junto a la sociedad que se les exige constituir, de manera análoga a como parece establecerse para las UTE en el artículo 69.3 de la LCSP?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Director General del Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

La consulta plantea diversas cuestiones en relación con la licitación de un contrato de concesión de obras para el caso de que se exija a los licitadores, que finalmente resulten adjudicatarios, que se constituyan en una sociedad que será titular de la concesión, según establecen los artículos 66.2 y el 250.1.d).1º y 250.1.h) de la LCSP.

2. El artículo 66.2 de la LCSP prevé el supuesto planteado en la regulación de las condiciones de capacidad y solvencia de los empresarios de forma que “*Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras o de servicios, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión*”. Sobre los detalles acerca de la constitución y forma de la sociedad se remite este precepto a lo que disponga la legislación específica al señalar a continuación que “*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 su parte, la regulación del contrato de concesión de obras específica, en el artículo 250, apartado 1, de la LCSP, al abordar el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el de las proposiciones de los licitadores, incluyendo diversas referencias a la futura sociedad concesionaria a constituir (letra d), 1º y 6º) y a la definición de las características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria (letra h)).

A la vista de que la regulación expuesta no prevé completamente la forma de presentación de las ofertas de los licitadores, la valoración de su solvencia y las actuaciones a realizar una vez que se ha adjudicado el contrato, plantea TURESPAÑA diversas cuestiones, entre ellas, la posibilidad de aplicar el régimen previsto para las Uniones Temporales de Empresas.

3. Como punto de partida para responder a las cuestiones planteadas cabe recordar la doctrina de esta Junta Consultiva sobre la participación de las personas físicas y jurídicas en las licitaciones públicas, contenida en informes como los 56/97, 32/98, 12/99 o 12/03, según la cual *“la única manera de concurrir a las licitaciones los profesionales que no lo hagan como personas físicas o jurídicas es precisamente mediante la constitución de una unión temporal de empresarios, al amparo del artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado”*. Sentada esta regla general, aplicable a todos los contratos del sector público, el artículo 66.2 de la LCSP prevé una excepción, aplicable a las concesiones de obras y de servicios, con remisión a la legislación específica, para determinar las normas a las que habrá de ajustarse su forma y constitución. Para entender este régimen particular, distinto de la regla tradicional expuesta, resulta conveniente recordar los antecedentes que están en la base de la regulación legal y que explican su singularidad.



4. La posibilidad de la exigencia en los pliegos de un contrato de concesión de obras de que los adjudicatarios se constituyan en una sociedad que será titular de la concesión tiene su origen en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Dicha Ley, en la nueva regulación del contrato de concesión de obras, introduce en el artículo 232, apartado 3, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAAPP), una previsión al respecto, señalando que *“Quienes concurren 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”*.

Dicha previsión parte de experiencia de la legislación específica en materia de contratos de concesión. En particular, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, cuyo artículo 8, en su apartado 2, prevé que *“El adjudicatario se obliga a constituir en el plazo y requisitos que los pliegos de la concesión establezcan, una sociedad anónima de nacionalidad española con quien aquélla se formalizará, y cuyo fin sea el cumplimiento del objeto de la concesión tal como se define en el artículo 1, así como, potestativamente, de cualesquiera otras concesiones de carreteras que en el futuro pudieran otorgarse en España”*. Dicha obligación se completa con determinadas limitaciones a su objeto social y la posibilidad de obtener determinadas ventajas económicas para facilitar el desarrollo de la concesión.

Hoy por hoy, la previsión de la LCSP, en continuidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 232.3 del TRLCAAPP, se establece a los efectos de facilitar un mayor control y seguimiento del plan económico-financiero de la concesión, en el marco de la transferencia del riesgo operacional a la empresa concesionaria que caracteriza estos contratos. Esta posibilidad se ampara en el artículo 26.3 de la Directiva 2014/23/UE, del parlamento europeo y del consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación



de contratos de concesión, según el cual *“No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos a asumir una forma jurídica determinada cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del contrato”*.

No obstante, bien es cierto que ni la LCSP, ni el desarrollo reglamentario vigente, regulan algunas cuestiones, como las planteadas en esta solicitud de informe, a las que, sin embargo, es preciso dar respuesta.

4. En primer lugar, pregunta TURESPAÑA si puede presentar oferta un grupo de licitadores con el compromiso de constituir una sociedad o sólo es viable presentarse conjuntamente a una licitación con el compromiso de constituir una Unión Temporal de Empresarios (en adelante, UTE).

Las UTEs están reguladas en el artículo 69 de la LCSP como un supuesto de participación conjunta de varios empresarios en la licitación y ejecución de un contrato que, a diferencia de las sociedades previstas en el artículo 66.2, no tienen personalidad jurídica propia, como ha tenido ocasión de señalar esta Junta Consultiva en los informes en los que ha analizado esta peculiar forma de asociación (vid. por ejemplo el informe 46/2002).

Por ello, el artículo 69 de la LCSP regula diversos aspectos específicos de las UTEs como el régimen de representación, responsabilidad solidaria, solvencia o modificación en su composición. La UTE es, por tanto, una forma de asociación distinta a una sociedad en el que diversos empresarios concurren a una licitación y asumen los compromisos de un contrato público de forma asociada, pero sin crear una persona jurídica nueva que asuma los compromisos nacidos del contrato.

En ambos casos se da una circunstancia similar cual es que los licitadores concurren agrupados con una oferta común a todos ellos que, en el caso de resultar adjudicatarios,



dará lugar a la formalización de un contrato: en un caso, con una UTE a constituir en escritura pública y, en el otro, con la sociedad constituida por los promotores de la misma en los términos fijados en el pliego, cuya naturaleza es diferente a la de la UTE, y que asume la posición de concesionario en el contrato, de manera diferenciada de los promotores de la misma.

A la vista de lo expuesto, podría plantearse compatibilizar ambas exigencias, de manera que los licitadores debieran constituir una UTE, en un primer momento, al presentar la proposición y, tras la adjudicación, constituir la sociedad con la que se formalice el contrato. No obstante, en base al principio de eficiencia que debe regir los procedimientos de contratación de acuerdo con el artículo 1 de la LCSP, cabe descartar esa interpretación, que supondría la imposición de una exigencia innecesaria a los licitadores. En este sentido, resulta ilustrativa la previsión del artículo 80.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que regula un supuesto similar referido a las concesiones de transportes regulares de viajeros. Dicho artículo excluye expresamente la necesidad de constituir una UTE con carácter previo a la constitución de la sociedad titular de la concesión al señalar que *“Varias empresas podrán presentar una proposición conjunta, sin necesidad de constituir una unión temporal ni ninguna otra forma de colaboración empresarial, siempre que hagan constar expresamente su compromiso de constituir una persona jurídica que cumpla las exigencias señaladas en los artículos 43.1.b) de la LOTT y 36 de este Reglamento antes de la adjudicación del contrato, en caso de que su oferta sea la mejor valorada”*.

Por tanto, en el caso de que el pliego exija a los licitadores el compromiso de constituir una sociedad con las características que se definan en el mismo, lo procedente será pedir a éstos el compromiso de constituir esa sociedad, no resultando necesario exigir, como paso previo, la constitución de una UTE.



5. Se plantea entonces cuál es el régimen jurídico a aplicar, en este caso, y si resulta aplicable el artículo 69 de la LCSP, especialmente en lo que se refiere al régimen de solvencia exigible.

Dos cuestiones deben tenerse en cuenta al respecto. Por una parte, el régimen jurídico especial aplicable a los contratos de concesión de obras. Por otra, la particularidad derivada de su condición de persona jurídica, diferenciada de los licitadores adjudicatarios del procedimiento correspondiente.

Respecto al régimen jurídico de los contratos de concesión de obras, cabe identificar algunas disposiciones específicas al respecto, como la capacidad y solvencia, y así el artículo 250.1.b) de la LCSP señala, entre los aspectos a incluir en los pliegos “*b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3, a los efectos de una posible cesión en los términos establecidos en el artículo 214.2.c)*”.

Se reconoce así un margen para el órgano de contratación a la hora de establecer los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica a exigir a los licitadores en el procedimiento, atendiendo a las características específicas de la concesión de obras a licitar, su duración y sus fases, en los que las prestaciones pueden variar.

En particular, se establece la posibilidad de fijar distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato. Como ya tuvimos ocasión de analizar en nuestro informe 31/2020, con ocasión del análisis de la clasificación exigible a un cesionario de una concesión en fase de explotación, “*Por su propia naturaleza el contrato de concesión de obras es aquél cuyo objeto consiste en la construcción de una determinada obra pública y su posterior explotación, siendo éste último el mecanismo empleado para realizar la contraprestación a favor del adjudicatario, con la posible adición de un precio pagadero por la entidad contratante. Ambas prestaciones no*



configuran dos contratos diferentes o separados, sino uno sólo con dos prestaciones distintas y cada una de ellas esencial para su calificación como concesión de obras”. De acuerdo con ello, “si existen varias prestaciones y éstas tienen carácter sucesivo, como ocurre característicamente con las prestaciones propias de la concesión de obras, para la construcción de una obra pública deberá exigirse una determinada clasificación, mientras que para la explotación de la obra tal clasificación no sería necesaria”.

Junto con esta previsión de carácter general, aplicable a todos los contratos de concesión, el artículo 250 de la LCSP regula en su apartado 1, letras c), d), números 1º y 6º, y h), aspectos concretos del régimen jurídico de la sociedad a constituir para el caso de que se exija a los licitadores la constitución de una sociedad. De los citados apartados cabe diferenciar diferentes momentos a los efectos de analizar el régimen jurídico de los licitadores, con dos sujetos diferenciados, pero directamente relacionados: los licitadores que concurren agrupados y la sociedad con la que se formalice el contrato de concesión, que deberá reunir las condiciones necesarias para el cumplimiento del mismo.

6. En primer lugar, respecto al régimen de los empresarios durante el procedimiento de licitación, el artículo 250.1.d).1º prevé que las proposiciones deberán hacer referencia a la *“Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras”*. Nada se dice respecto a su régimen de responsabilidad y representatividad en el procedimiento de licitación. En esta fase, por analogía respecto a lo previsto para las UTEs, cabe exigir en el pliego una identificación de un responsable y un régimen de responsabilidad solidaria análogo al previsto para las UTEs en el artículo 69.3 de la LCSP, respecto a las incidencias que puedan suscitarse durante el procedimiento de adjudicación.

Por lo que se refiere a la solvencia, hay que tener en cuenta que, a diferencia de las UTEs, la formalización del contrato se produce con una sociedad constituida por los promotores, pero con una personalidad jurídica distinta de éstos.



Sobre esta sociedad, señala la LCSP que se constituirá con las características fijadas en el pliego (artículo 250.1.h)), incluida la necesidad de contar un régimen de contabilidad específico (artículo 250.1.d).6º), y sometido a un control respecto de la cesión de las participaciones en la misma (artículo 250.1.c)). Entre las características de la misma deberán incluirse las que se requieran para cumplir con los requisitos de solvencia financiera, económica y técnica que se estimen por conveniente para la realización de las distintas prestaciones que incluye el contrato a lo largo de sus diferentes fases, de acuerdo con lo expuesto, que podrán ser ejecutadas directamente por la sociedad o por terceros.

Definidas las características de la sociedad que será la responsable de asumir las obligaciones derivadas del contrato, respecto a los promotores de la misma, y dentro del margen que otorga el artículo 250.1.b) de la LCSP, lo procedente será exigir a éstos en la fase de licitación una solvencia que ofrezca garantías de que tienen la capacidad suficiente para constituir la sociedad con los requisitos exigidos de acuerdo con las características del contrato.

En definitiva, como se desprende de lo expuesto, ni hay que constituir ninguna UTE en el caso de que en un contrato de concesión se exija a los promotores el compromiso de constituir una sociedad con la que se formaliza el contrato, ni el régimen de solvencia a aplicar es el previsto para las UTEs, ya que la nueva sociedad es una persona jurídica distinta de los promotores, que se coloca en la posición de concesionario en el contrato, asumiendo los derechos y obligaciones del mismo.

7. Finalmente, el escrito de consulta plantea si se puede exigir en los pliegos que los licitadores que hayan presentado la oferta sean responsables solidariamente junto a la sociedad que se les exige constituir, de manera análoga a como parece establecerse para las UTEs en el artículo 69.3 de la LCSP.

Pues bien, formalizado el contrato con la sociedad constituida por los promotores, ésta asume los derechos y obligaciones derivados de su condición de parte del contrato por



lo que no resulta posible establecer la responsabilidad solidaria de los promotores de la sociedad con la sociedad constituida en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, lo que desvirtuaría la condición de parte contractual que la sociedad asume con la formalización del mismo.

No obstante lo anterior, para asegurar la correcta ejecución del contrato, la LCSP prevé, como hemos visto, que se definan adecuadamente las características especiales de la sociedad concesionaria, incluido su régimen específico de contabilidad, a lo que hay que añadir la posibilidad de prever garantías específicas en la cuantía y forma que proceda (artículo 250.1.g) de la LCSP).

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- En el caso de que el pliego exija el compromiso de los licitadores de constituir una sociedad con las características que se definan en el mismo, lo procedente será exigir el compromiso de los licitadores de constituir esa sociedad, no resultando necesario, con carácter previo, la constitución por los mismos de una UTE para concurrir al procedimiento de licitación.
- No resulta de aplicación a la sociedad titular de la concesión el artículo 69 de la LCSP, de manera análoga a como si fuese una UTE. Tan sólo cabe exigir en el pliego, por analogía, una identificación de un responsable y un régimen de responsabilidad solidaria de los promotores análogo al previsto para las UTEs en el artículo 69.3 de la LCSP, respecto a las incidencias que puedan suscitarse durante el procedimiento de adjudicación.
- En el pliego deben determinarse los requisitos de solvencia financiera, económica y técnica de la sociedad que se estimen convenientes para la



realización de las distintas prestaciones que incluye el contrato a lo largo de sus diferentes fases de acuerdo con el artículo 250.1.b) de la LCSP.

- No resulta posible establecer la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones del contrato de los promotores de la sociedad con la sociedad constituida, lo que desvirtuaría la condición de parte contractual que la sociedad asume con la formalización del mismo.