

**Informe 49/97, de 17 de noviembre de 1997. "Contratos de concesión de obras. Naturaleza jurídica. Exigencia de la clasificación de las empresas para acceder a la adjudicación de un contrato de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de una autopista".**

**2. Contratos de gestión de servicios públicos. 1. Conceptos generales. / 2.20. Clasificación de empresas**

**ANTECEDENTES.**

Por el Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes del Ministerio de Fomento se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

*"El Ministerio de Fomento ha diseñado un programa de autopistas de peaje consistente en la construcción y explotación de 10 tramos con una longitud total de 440 Km. Para su puesta en marcha con el menor número posible de incidencias, se están analizando diversos aspectos que, en los momentos actuales, presentan ciertas novedades, bien por cambios en el marco jurídico, bien por las propias peculiaridades del programa. Entre los puntos que están siendo objeto de consideración se incluye la identificación de las características o requisitos que deberá reunir el adjudicatario de la concesión o, en sentido más amplio, los licitadores que participen en el correspondiente concurso. Y sobre este punto se formulan las consideraciones que siguen en orden a clarificar la normativa jurídica aplicable.*

*Uno de los requisitos que exige la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) para contratar con la Administración es la solvencia económica, financiera, técnica y profesional (artículos 15 y siguientes). En los contratos de obras de presupuesto igual o superior a 20 millones de pesetas al artículo 25.1 de la LCAP impone el requisito indispensable de que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación. Si consideramos que el artículo 130.2 de la LCAP establece que el contrato de concesión de obras públicas "queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras", podría concluirse que los requisitos exigidos a los licitadores en un contrato de obras por lo que aquí interesa su clasificación-deberán asimismo exigirse a los participantes en un concurso de concesión de obra pública, esto es, en el supuesto que nos ocupa en un concurso de concesión de construcción, conservación y explotación de autopista.*

*En relación con esta exigencia de clasificación procede, sin embargo, subrayar lo siguiente:*

*a) La Ley 8/1972 sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (LA), en su remisión a la Ley de Contratos del Estado (LCE) (artículo 2) -texto aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril-, establece un marco en el que no se exige el requisito de clasificación previa recogido en el apartado 8 del artículo 4 de la LCE-, al referirse únicamente a las circunstancias contempladas en los apartados 1 al 7 de este artículo.*

*b) En nuestro ordenamiento no existe una clasificación específica de concesionarios, de los que los de autopistas constituirían un subconjunto, por lo que la exigibilidad al licitador de clasificación se correspondería, como se ha indicado, con la establecida para los contratos de obras para la construcción de autovías, lo cual no parece adecuarse al concepto de concesionario definido en la LA, ni al modelo de concesión de autopistas que rige la realidad del sector en España. Un pliego de cláusulas, ajustado sin más a los requisitos de la LCAP en este punto, introduciría unas reglas de juego poco eficientes en la licitación de los tramos englobados en el programa de*

*autopistas, toda vez que el concesionario de las mismas no constituye cabalmente un "contratista constructor".*

*En función de estas consideraciones procedería, a juicio de esta Secretaría de Estado, entender que la concesión de autopistas, tal como está regulada en la Ley de 1972 y en el propio artículo 130 de la LCAP que hace una remisión a su artículo 162 (obligaciones del contratista en el contrato de gestión de servicios públicos), ha de ser considerada como una concesión mixta de obra y gestión de servicio público, en la que debe primar, a efectos de su tratamiento contractual, el aspecto más determinante de la misma como es el de la gestión del servicio público, fin último, y por otra parte el de mayor importancia económica, al que se ordena la realización de la obra. Esta conclusión resultaría coherente tanto con la regulación singular que de la figura se hace en la citada Ley de 1972, como con lo dispuesto en el artículo 6 de la LCAP en relación con los contratos mixtos.*

*La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la improcedencia de exigir a los licitadores en un concurso de concesión de autopista el requisito de clasificación, no exigible al gestor del servicio público, sin perjuicio de que en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas se establezcan los que se estimen pertinentes para garantizar la solvencia del adjudicatario.*

*En todo caso, y considerando las razones expuestas, esta Secretaría de Estado ha estimado aconsejable, antes de adoptar una decisión al respecto, solicitar informe sobre el punto en cuestión a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.*

## **CONSIDERACIONES JURIDICAS.**

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente y que se somete a la consideración de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa consiste en determinar si en los contratos para la construcción y explotación de autopistas resulta exigible a los licitadores el requisito de la clasificación que para la ejecución de contratos de obras por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas establece el artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o si, por el contrario, dicha clasificación no es exigible, debiendo acreditar los licitadores su solvencia económica, financiera y técnica de conformidad con los artículos 16 y 19 de la propia Ley.

La solución a la cuestión suscitada debe partir de la interpretación del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que es el que define la concesión de obras públicas, utilizando como elementos interpretativos otros artículos de la propia Ley, de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, que debe considerarse vigente con sus modificaciones posteriores, entre ellas, las que lleva a cabo el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, particularmente de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, cuya regulación de la concesión de obras públicas es la que se ha incorporado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas bajo el título de "concepto del contrato de concesión" indica en su apartado 1 que "se considera contrato de concesión de obra públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio", añadiendo en su apartado 2 que "este contrato queda sujeto a las normas generales del contrato de obras y, en particular, a las de publicidad de los mismos con las especialidades previstas en el artículo 139" concluyendo este apartado 2 con la indicación de que "el concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 162".

La primera y fundamental observación que hay que realizar es la de que el transcrito artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se está refiriendo a la estricta realización de una obra, sino a la figura más compleja de contratos que, además de la construcción, implican la explotación de la obra construida y, en definitiva, al contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos como lo demuestra la circunstancia de que el artículo que examinamos no establece como retribución del contratista un precio a pagar por la Administración, sino, exclusivamente, la forma propia y característica del contrato de gestión de servicios públicos, consistente en el derecho a explotar la obra, acompañado o no del de percibir un precio.

Si el contrato que se define en el artículo 130.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no es un puro contrato de obras, sino un contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos, la consecuencia que se impone es la de que su régimen jurídico ha de ser el correspondiente a la prestación principal, en este caso la explotación del servicio público, puesto que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 6, parte del principio de unidad de régimen jurídico de los contratos mixtos, no admitiendo la combinación de normas correspondientes a las distintas prestaciones integrantes del objeto del contrato mixto. La aplicación del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos hace ocioso plantearse la posible exigencia del requisito de la clasificación, pues resulta evidente que en el contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no es exigible el requisito de clasificación referido en el artículo 25.1 a los contratos de obras (Título I del Libro II) y a los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales (Título IV del Libro II).

Este mismo criterio ha sido sustentado ya por esta Junta Consultiva en sus informes de 22 de marzo de 1995 (expediente 3/95) y de 30 de mayo de 1996 (expediente 24/96), tratándose de aclarar, en este último, la posible contradicción de la tesis sustentada con la dicción literal del artículo 159.2 en cuanto establece que serán de aplicación para las obras en el contrato de gestión de servicios públicos los preceptos establecidos en la Ley para la concesión de obras públicas. En este sentido se afirmaba que debía descartarse la idea de que "todo contrato de gestión de servicios públicos que incluya cualquier género de obra, aunque fuera de ínfima cuantía, habría de regirse por las normas del contrato de concesión de obras y, en definitiva, del contrato de obras" argumentándose para descartar tal idea que "desnaturalizaría la finalidad de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece y regula como tipos contractuales distintos los de obras y los de gestión de servicios públicos, quedando este último sin prácticamente campo de aplicación si prevalece la interpretación que se descarta". Idéntica argumentación debe utilizarse para descartar la interpretación del artículo 130.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece que el contrato de concesión de obras públicas queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras, que excluyera la aplicación total del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos pues ello significaría su desnaturalización y eliminación de su campo de aplicación, en contradicción con la prescripción terminante del artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por lo demás la tesis que se está propugnando es la mantenida por la doctrina más autorizada que ha comentado la regulación de la concesión de obras públicas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que ha puesto de relieve como esta figura procede de las Directivas comunitarias, era desconocida en la legislación española inmediatamente anterior a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que, en definitiva, el artículo 130 de dicha Ley se está refiriendo a la concesión en la gestión de servicios públicos, aunque utilice la expresión impropia de "concesión de obras públicas".

Como conclusión de este apartado debe sentarse la de que siempre que la prestación o explotación del servicio público constituya la prestación más importante desde el punto de vista económico y así debe conceptuarse en el presente caso, ya que mediante la explotación y percibo de tarifas se retribuye la construcción y la propia explotación, el

régimen jurídico aplicable al contrato será el del contrato de gestión de servicios públicos, para el que el artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no tiene establecido el requisito de la clasificación.

3. La no exigencia de clasificación en la concesión para la construcción y explotación de autopistas, es confirmada por la interpretación de otros preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, en especial, de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio.

Por lo que respecta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la no exigencia de clasificación debe basarse en la diferencia introducida en la misma entre la figura del concesionario y la figura del constructor que puede no ser y normalmente no será el propio concesionario. Así resulta de los artículos 131 (posibilidad de que el concesionario ceda a un tercero porcentajes del total valor de la obra) y sobre todo de los artículos 132 y 133 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El artículo 132 se refiere al caso de que el concesionario sea una Administración Pública en cuyo supuesto, para la ejecución de obras por terceros, debe acomodarse íntegramente a lo dispuesto en la Ley. El artículo 133 se refiere al concesionario particular y a los contratos que celebre con un tercero que se someten a las normas de publicidad comunitaria, salvo que no concurren los requisitos establecidos en el propio artículo o se trate de empresas vinculadas que no se consideran terceros.

La interpretación de los artículos 131, 132 y 133 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe ser realizada conjuntamente con la del artículo 25.1 para llegar a la conclusión de que si este último exige la clasificación "para la ejecución de contratos de obras" tal requisito no puede ser exigido al concesionario que no ejecuta las obras, como con toda claridad se aprecia en el caso de que el concesionario sea una Administración Pública, a la que por otra parte resulta imposible, por su naturaleza, acceder a la clasificación como contratista de obras, pero que tampoco puede ser desdeñada respecto a los concesionarios particulares dado que, según hemos indicado, la Ley parte del supuesto de que la ejecución de las obras se lleva a cabo mediante contratos con terceros a los que se somete a publicidad comunitaria cuando se cumplan los requisitos reseñados y siempre que los terceros no sean empresas vinculadas a las que expresamente se niega tal consideración.

4. De la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, vigente con las modificaciones introducidas en su texto por disposiciones posteriores entre las que debe ser citado especialmente el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, también pueden extraerse argumentos en favor de la tesis que venimos manteniendo de no exigencia de clasificación en los contratos para la construcción y explotación de autopistas.

En primer lugar esta Ley admite claramente, en su artículo 26.2 que el concesionario ejecute directamente la obra (verifique directamente dice el precepto) o contrate total o parcialmente su realización, por lo que, en la misma línea que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe sostenerse que la clasificación como contratista de obras no es exigible al concesionario que no ejecuta la obra, sino que contrata su realización con terceros.

En segundo lugar debe llamarse la atención de que el artículo 8.2 (uno de los modificados por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre) obliga al adjudicatario a constituir una sociedad anónima de nacionalidad española con la que se formalizará la concesión y cuyo fin sea la construcción, conservación y explotación de la autopista, precepto del que se deduce la imposibilidad de exigir al adjudicatario, es decir, a los licitadores, una clasificación para la ejecución de obras cuando éstas las va a realizar, directamente o por contratación con terceros, una sociedad anónima a constituir necesariamente con posterioridad al acto de adjudicación.

Por último, también hay que destacar que el apartado 1 de este artículo 8 excluía de la posibilidad de ser adjudicatario a las personas comprendidas en los apartados 1 a 7 del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado. Si se tiene en cuenta que la remisión se hacía al texto de la Ley de Contratos del Estado entonces vigente, resulta significativo que no se mencionase el apartado 8 del entonces artículo 4 de dicha Ley que se refería a la falta de clasificación, por lo que el artículo 8.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, constituye, desde el punto de vista de los antecedentes y sistemático, un argumento interpretativo de que al adjudicatario del contrato, por tanto a los licitadores, no se les debe exigir clasificación como contratistas de obras.

5. Las Directivas comunitarias sobre contratación pública, singularmente la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre adjudicación de contratos de obras y la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre adjudicación de contratos de servicios, proporcionan elementos interpretativos útiles para la solución del tema que venimos examinando en cuanto a la exigencia de clasificación en contratos de concesión de obras públicas.

Todo lo anteriormente expuesto y razonado sobre contratos mixtos de obras y gestión de servicios públicos tiene un apoyo expreso en el Preámbulo de la Directiva 92/50/CEE, cuyo decimosexto considerando, con cita de la Directiva 71/305/CEE, señala que "los contratos públicos de servicios .... pueden incluir obras en determinados casos; que de la Directiva 71/305/CEE se desprende que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción; que siempre que dichas obras sean accesorias y no constituyan el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras". En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 1994, en cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en un supuesto en que se trataba de un contrato para la explotación de un Casino y un Hotel, en los que el adjudicatario estaba obligado a realizar determinadas obras, concluye que "el contrato mixto cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE, si la ejecución de las obras sólo tiene un carácter accesorio respecto de la cesión de bienes".

Las transcritas palabras del preámbulo de la Directiva 92/50/CEE y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de abril de 1994 vienen a demostrar lo correcto de la interpretación realizada de la definición del concepto de concesión de obra pública incorporada al artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y alcanzan su significado pleno si se tiene en cuenta que la regulación de las concesiones de obras públicas en la citada Ley, no tiene otra finalidad que la de incorporar a la misma el contenido de la Directiva 93/37/CEE, como ya anticipábamos, por lo que la interpretación que realiza el legislador comunitario de lo que debe entenderse por contrato de obras, extensible a la concesión de obras públicas adquiere un valor decisivo a la hora de interpretar los preceptos españoles que, como los artículo 130 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, persiguen la única finalidad de incorporar a los mismos, la normativa comunitaria.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que, en el ámbito comunitario, el contrato de gestión de servicios públicos no ha sido objeto de regulación directa al no figurar comprendido en las normas de la Directiva 92/50/CEE en cuya tramitación se suprimió un precepto relativo a este tipo de contrato. Por ello es la Directiva 93/37/CEE, en su artículo 1.d) la que contiene la definición del contrato de concesión de obras públicas, idéntica a la que se ha incorporado al artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refiriéndose, en realidad, como ya hemos indicado al contrato de gestión de servicios públicos, al establecer como contrapartida de las obras únicamente el derecho a explotar la obra o dicho derecho acompañado de un precio. El artículo 3 de la propia Directiva incluye el efecto típico de la regulación de este contrato consistente en someterlo a las normas de publicidad y también se incluyen en la Directiva las normas que posteriormente se han incorporado a los artículos 131 a 134 de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas en cuanto a la subcontratación, a la distinta naturaleza y obligaciones de los concesionarios y a las empresas vinculadas.

Con esta exposición se quiere significar que la denominada concesión de obras públicas en la normativa comunitaria se identifica más con el contrato de gestión de servicio público que con el contrato de obras y que dicha normativa tiene por finalidad primordial el someter a publicidad comunitaria estos contratos que, de no figurar en la Directiva 93/37/CEE, no lo estarían por no estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE, lo que confirma el preámbulo de la primera Directiva citada, que en el quinto considerando indica que "habida cuenta de la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica resulta conveniente incluir en la presente Directiva normas relativas a su publicidad".

Como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la regulación de las concesiones de obras públicas pretende únicamente, como se ha indicado, incorporar el contenido de la Directiva 93/37/CEE es indudable que la regulación nacional no puede tener un alcance distinto que el de la regulación comunitaria, por lo que lo esencial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aparte de los conceptos que incorpora, es someter estos contratos a las reglas de publicidad comunitaria y en este sentido es significativo que el artículo 130.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, después de establecer que la concesión de obras públicas queda sujeta a las normas generales de los contratos de obras, añade que "en particular" a las de publicidad de los mismos, con lo que viene a resaltar la misma finalidad de las Directivas comunitarias, lo que no sería necesario si la concesión de obra pública, en su modalidad de construcción y explotación quedara sujeta a la total regulación del contrato de obras, por lo que no habría que resaltar la aplicación "en particular" de las normas de publicidad.

Como conclusión de este apartado se debe mantener que las Directivas comunitarias regulan la concesión de obras públicas en la Directiva 93/37/CEE, aunque su definición responde al concepto de contrato de gestión de servicios públicos, con la finalidad de someterla a publicidad comunitaria y que este mismo alcance debe tener en la regulación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que no incluiría tal concepto de no figurar en la Directiva 93/37/CEE, de donde se desprende que las Directivas comunitarias constituyen también un elemento interpretativo confirmatorio de la no exigencia de clasificación en el contrato de concesión de obra pública, cuando el concesionario no ejecute la obra.

6. Todo lo hasta aquí razonado debe concluir con la consideración obvia de que, si en los contratos que examinamos no resulta exigible clasificación, ello no exime de exigir a los licitadores la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica conforme a los artículos 16 y, dada la configuración del contrato como de gestión de servicios públicos, 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

## **CONCLUSION.**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato de concesión para la construcción y explotación de autopistas es un contrato mixto de obras y gestión de servicio público y que, al ser esta última la prestación más importante, debe aplicarse el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos y, en consecuencia, no será exigible clasificación al concesionario por los argumentos basados en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la Ley 8/1972, de 10 de mayo y en las Directivas comunitarias sobre contratación pública, tal como han quedado consignados en el cuerpo de este informe.