

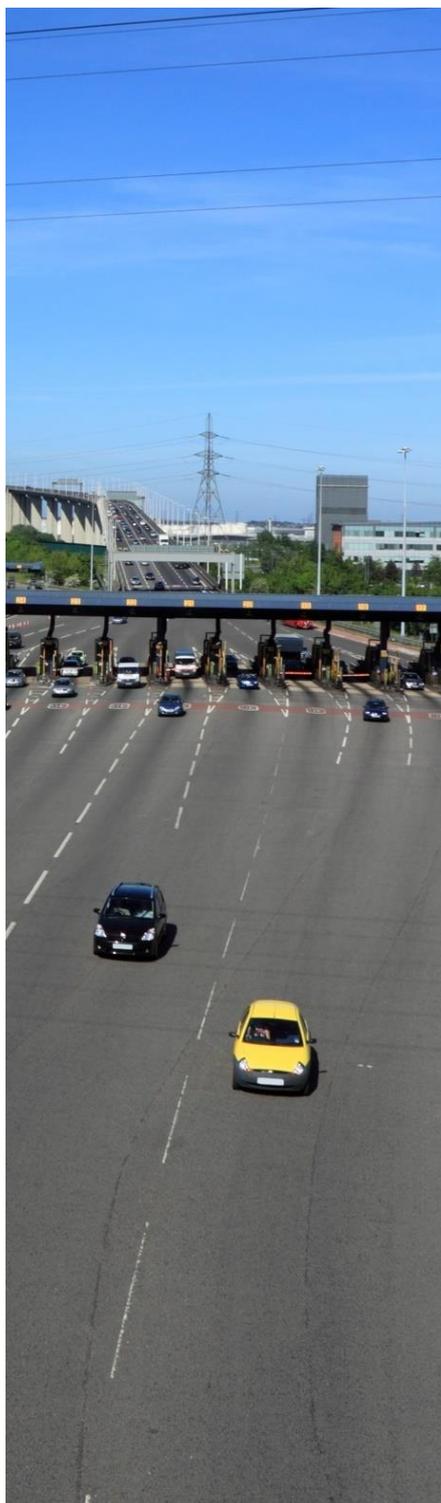
C L I F F O R D
C H A N C E



LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS: ALGUNAS PREGUNTAS

SEPTIEMBRE 2019

SUMMARY



1. Introducción	3
2. Fase preparatoria de la licitación	4
3. Funcionamiento de las UTES	11
4. Crisis de las UTES	19
5. Contactos	21
6. Nuestra red de oficinas	22

INTRODUCCIÓN

Las Uniones Temporales de Empresas ("UTEs" en plural, o "UTE" en singular) constituyen el fenómeno asociativo más típico de la contratación pública en España.

Sin embargo, no es un fenómeno exclusivo de la contratación pública. De hecho, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional ("LUTE") no limita el ámbito de actuación de las UTEs a la contratación pública.

Las UTEs constituyen una forma peculiar de colaboración entre empresas, en la que, sin crear una nueva sociedad, los miembros pueden sumar sus capacidades y actuar como un solo sujeto, en régimen de responsabilidad solidaria. Otra forma de colaboración típica es la subcontratación, en la que el subcontratista no asume ninguna responsabilidad frente a la Administración.

El análisis de las UTEs presenta muchas facetas, no sólo de contratación administrativa, sino también mercantiles, procesales, de competencia, entre otras.

**Grupo de Infraestructuras
Clifford Chance en España**



FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

a) Además de la creación de una UTE y de la posibilidad de acudir con otro empresario en régimen de subcontratación, ¿existe alguna otra forma de colaboración de empresas para un contrato público?

Sí. Con carácter adicional a la creación de una UTE y el recurso a la subcontratación, los licitadores, a efectos de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional para celebrar un determinado contrato, podrán basarse en la solvencia y medios de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios, y que la entidad a la que recurran no esté incurso en una prohibición de contratar.

El derecho de los operadores económicos a integrar su solvencia acudiendo a las capacidades y medios de terceros fue reconocido inicialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), consagrándose por primera vez normativamente en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Actualmente, este derecho se reconoce en el artículo 75 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP").

Con carácter general, la integración de la solvencia con medios externos no exige la participación del tercero en la ejecución del contrato, salvo, según el artículo 75 de la LCSP: (i) cuando, a efectos de acreditar la solvencia técnica, se recurra a títulos académicos y profesionales o a la experiencia profesional pertinente de terceros, en cuyo caso sólo se tendrá en cuenta la solvencia de estas entidades si las mismas van a ejecutar las obras o a prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades; y (ii) en el caso de contratos de obras, servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, en el que los poderes adjudicadores podrán

exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutados directamente por el propio licitador, sin perjuicio de haber acreditado su solvencia mediante medios de terceros. Por otra parte, cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

En relación a las UTEs, los empresarios que concurran en agrupación también podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal para integrar su solvencia con medios de las mismas.

La cuestión que se plantea, cuando se ha integrado la solvencia con medios externos, es el impacto que tiene esta circunstancia en la posibilidad de ceder el contrato, por cuanto que uno de los requisitos que deben concurrir para que se pueda autorizar la cesión es que el cesionario tenga la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato.



FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

b) ¿Una asociación de empresas (UTE o subcontratación) puede ser anticompetitiva?

Depende. En los extremos los casos están claros. Si varias empresas alcanzan un acuerdo con el único objeto de repartirse licitaciones (*bid rigging*) recurriendo a la figura de la UTE o a otros mecanismos, ello siempre será considerado un cártel ilegal. En el otro extremo, si la única forma de acudir a una licitación para dos empresas es presentarse en UTE, no se infringe nunca el derecho de la competencia porque las empresas no son consideradas como competidoras. Se da este caso cuando las empresas no cumplen las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares ("PCAP") de forma individual – por ej. porque una solo vende equipos y la otra solo presta servicios de mantenimiento y es necesario prestar ambos servicios. Entre ambos extremos, en todos los demás supuestos, es necesario realizar una autoevaluación en la que se valore el efecto restrictivo de la cooperación y las posibles eficiencias que compensen las restricciones identificadas. En principio, todo acuerdo de UTE entre competidores tiene un efecto restrictivo, porque las empresas dejan de competir entre ellas al presentarse en UTE. Cuando la cuota conjunta de las empresas que participan en la UTE es inferior al 15% se presume que el efecto restrictivo no es suficiente como para afectar al mercado. Por encima del 15% es necesario valorar si existen eficiencias que compensen el efecto restrictivo, por ejemplo, porque la UTE permite a las empresas ofrecer un servicio mejor. En la gran mayoría de las UTEs, las eficiencias compensan a los efectos restrictivos

c) ¿El cómputo de la solvencia de la UTE debe tener en cuenta la parte proporcional de participación de cada miembro de la UTE?

En principio, no. Según el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 10989/2001, de 12 de octubre ("RGLC"), se acumularán, a efectos de la determinación de la solvencia de la UTE, las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, con independencia de su porcentaje de participación en la futura UTE.

Como excepción a la regla anterior, cuando a efectos de acreditar la solvencia de los licitadores se exija la clasificación de todos los miembros de la UTE, como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación (con la salvedad prevista en el artículo 52.1 *in fine* del RGLC), si uno de los miembros de la unión participa en un porcentaje inferior al 20 por ciento, se reduce su aportación a la solvencia en los términos establecidos en el apartado cuarto del artículo 52 del RGLC.



FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

d) Cuando es necesaria la clasificación para un contrato, ¿es conforme al principio de igualdad constitucionalmente reconocido que se exija a todos los miembros de la UTE la clasificación?

Ningún problema hay en que sea obligatoria la clasificación para obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros, pero constituye una discriminación inversa en contra de los españoles que las sociedades españolas deban clasificarse y las comunitarias que participen en la UTE, no. El artículo 69.5 de la LCSP dispone que para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ("UE") ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ("EEE") y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la UE o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional (sin que se les exija, en consecuencia, clasificación). Esta regulación no genera un problema de discriminación de Derecho de la UE -porque no perjudica directa o indirectamente a las empresas comunitarias frente a las españolas, sino todo lo contrario-, pero sí un problema interno de discriminación respecto de los miembros de la UTE que son empresarios nacionales, a los que se les exige el requisito de la clasificación, a diferencia de lo que ocurre con otro/s miembro/s de la misma de nacionalidad comunitaria. Ello vulnera, en nuestra opinión, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española.

e) Cuando concurren en una UTE empresas comunitarias y españolas, y resulta exigible la clasificación, ¿cómo acredita su solvencia la empresa comunitaria? ¿Plantea ello alguna cuestión relevante?

En primer lugar, habrá que estarse a lo que determine el PCAP para determinar qué requisitos exige. En el caso de que el PCAP no se refiera a esta cuestión, como será lo normal, habrá que acudir a los requisitos de solvencia supletorios que establece la LCSP. El problema que se presenta es la imposibilidad de sumar la solvencia de empresas clasificadas y no clasificadas. Conforme la doctrina tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ("JCCA") como del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("TACRC"), no se puede sumar la solvencia de empresas clasificadas con la de las no clasificadas. En el reciente Informe de la JCCA 38/16 (sobre la forma de acreditar la solvencia por parte de una UTE en aquellos procedimientos en que la clasificación sea optativa) insiste este órgano en que la clasificación como mecanismo de acreditar la solvencia y las reglas generales que prevé la LCSP "*no se pueden mezclar porque no existe normativamente ningún criterio para hacerlo*". Siendo ello así, en el caso de una licitación en la que se exija clasificación, cuando un miembro de la UTE sea una empresa comunitaria, a la que no se exige clasificación, sino la acreditación su solvencia económica, financiera y técnica o profesional con los criterios generales establecidos en la LCSP, ¿cómo se mezclan ambas solvencias para concluir que la UTE cumple el requisito de solvencia exigido? No existe ningún posicionamiento en este sentido, si bien la LCSP es clara al señalar que para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales y empresarios comunitarios, la clasificación es exigible a los primeros, pero no a los segundos. El TACRC lo manifiesta de forma expresa en la Resolución 867/2016, de 28 de octubre de 2016, afirmando que el requisito de la clasificación "*sólo cede, en cumplimiento de las previsiones del Ordenamiento Comunitario [...], respecto de empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea, que están dispensados de esa clasificación y han de acreditar estar en posición de la correspondiente solvencia económica y técnica*".

FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

f) Los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental como medios de acreditación de la solvencia técnica, ¿son exigibles a todas las empresas que forman parte de una UTE o basta que una de ellas disponga de tales certificados, extendiéndose su eficacia a favor de los restantes miembros de la UTE?

En el caso de que el PCAP correspondiente exija, como medio de acreditación de la solvencia técnica, que el licitador disponga de determinados certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental es necesario que todos los integrantes de la UTE acrediten disponer de los certificados exigidos (con la excepción a la que se alude seguidamente), sin que sea un requisito acumulable entre las distintas empresas que integran la unión temporal.

Así lo dijo la JCCA en el Informe 46/1999, señalando que en aquellos supuestos en los que la exigencia del certificado de calidad a las empresas como requisito de solvencia técnica (y no en referencia a los productos) será exigible a todas las empresas que constituyen la UTE. Más adelante, en el Informe 29/2010, la Junta, además de confirmar que (i) los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido; y (ii) que no sirven para acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una UTE, matiza esta conclusión ya alcanzada en el Informe 46/1999, excluyendo tal exigencia respecto de aquellas empresas integrantes de una UTE que no asumen la parte de la prestación a la que el certificado de calidad o de gestión medioambiental alude.

El criterio de la JCCA ha sido confirmado en reiteradas ocasiones por el TACRC. Por todas, podemos referirnos a la Resolución 427/2017, de 1 de junio, en la que el Tribunal justifica el criterio anterior afirmando que no sería aceptable, para acreditar el cumplimiento de las normas relativas a la gestión de la calidad y medioambiental "*basarse en su cumplimiento por otra empresa, ya que éste se refiere a un aspecto propio e intrínseco de la organización y funcionamiento de una empresa que no es sustituible por el de otra*".

En fin, con carácter adicional a lo anterior, el TACRC ha denunciado en numerosas resoluciones la práctica incorrecta en la que incurren algunos órganos de contratación de exigir como medio de acreditación de la solvencia estar en posesión de determinados certificados de acreditación de determinadas normas de control de garantía de calidad o de gestión medioambiental sin que simultáneamente se concrete entre los medios de solvencia técnica alguno de los previstos y descritos en la normativa aplicable. En palabras del Tribunal "*es indudable que la condición de solvencia técnica lo es el que la licitadora tenga personal cualificado responsable del control de garantía de la calidad, o que adopte medidas de control de la calidad, pero no los certificados de que la empresa cumple determinadas normas de garantía de la calidad, o en su caso, de gestión medioambiental. La condición de solvencia lo es el cumplimiento de dichas normas determinadas, y el certificado es ml medio de su acreditación*" (Resolución 256/2018, de 1 de junio). Constituye, pues, un error, que los PCAP identifiquen solvencia exigida con los certificados que deben acreditar tal solvencia.

FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

g) ¿Se puede transmitir la posición en un UTE antes de la formalización? ¿Qué ocurre si una empresa de la UTE pierde su capacidad o solvencia, o queda afectada por una prohibición de contratar, antes de la formalización?

Si la modificación de los miembros de la UTE se produce durante la tramitación del procedimiento y antes de la formalización del contrato, la agrupación licitadora quedará excluida de la licitación excepto en el supuesto de que se mantenga la misma clasificación (cuando resulte exigible).

En el caso de que una o varias de las empresas que integran la UTE licitadora queden incurso en causa de prohibición de contratar durante la tramitación del procedimiento de licitación y antes de la formalización del contrato, la UTE quedará excluida del procedimiento de adjudicación, tal y como establece el artículo 69.8 de la LCSP. Esta previsión normativa difiere del criterio mantenido hasta la entrada en vigor de la LCSP por el TACRC quien, ante supuestos de desistimiento de uno de los integrantes de una UTE durante la fase de licitación, por incurrir en prohibición para contratar, consideraba que ello no era en principio óbice para impedir la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentaban la clasificación o la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el PCAP y cumplían el resto de requisitos previstos para los adjudicatarios, y siempre que ello no implicara una modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE (por todas, véase la Resolución del TACRC 107/2012, de 11 de mayo, que alude a lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo ("STS") de 26 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación 6801/1995). La misma conclusión puede aplicarse al supuesto de que durante el procedimiento de licitación alguna o algunas de las empresas que han de integrar la futura UTE pierda su capacidad.

En el caso de operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en la unión temporal durante la tramitación de la licitación, ello no impedirá la continuación de esta en el procedimiento. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

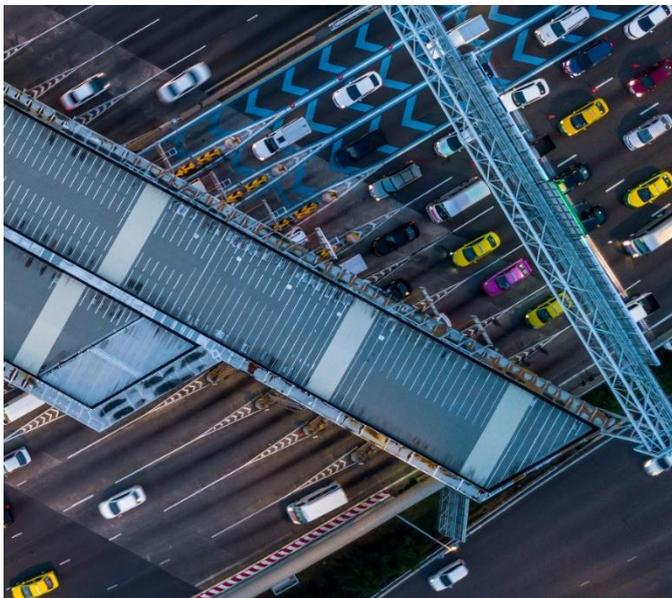


FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

h) ¿En caso de que se produjera la escisión de una de las sociedades miembros de una UTE, se suma la responsabilidad solidaria de los miembros de la UTE a la de la sociedad originaria de la que procede la escisión?

El punto de partida al hablar de responsabilidad entre los miembros de la UTE es el artículo octavo, apartado e), número 8 de la LUTE. En ese precepto se señala que en los estatutos o pactos que han de regir el funcionamiento de la UTE y que se incluirán en la escritura pública a través de la cual se formalice la constitución de la UTE, se hará constar que la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros.

Se trata por lo tanto de un ámbito material concreto en el que la responsabilidad de los miembros de la UTE es solidaria e ilimitada.



En el supuesto de que uno de estos miembros, una sociedad, se escindiese, en dicho supuesto entran en juego las previsiones de la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles, Ley 3/2009, de 3 de abril ("LME"). De acuerdo con lo establecido en su artículo 80 deben distinguirse las siguientes situaciones:

1. Incumplimiento de las obligaciones que le corresponde asumir a una sociedad beneficiaria de la escisión, como miembro de la UTE, en caso de que se trate de una escisión parcial: se establece una responsabilidad subsidiaria para el caso del incumplimiento de la sociedad beneficiaria que primeramente asume la obligación, de manera que en el caso de que se produzca el incumplimiento, responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación.
2. Incumplimiento de las obligaciones que le corresponde asumir a una sociedad beneficiaria de la escisión, como miembro de la UTE, en caso de que se trate de una escisión total: se establece una responsabilidad subsidiaria para el caso del incumplimiento de la sociedad beneficiaria que primeramente asume la obligación, de manera que en el caso de que se produzca el incumplimiento, responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas.

Por lo tanto, se establece adicionalmente una responsabilidad subsidiaria, limitada en el caso de las restantes sociedades beneficiarias de la escisión e ilimitada para el caso en que la sociedad escindida subsistiera, teniendo carácter de solidaria entre las sociedades beneficiarias de la escisión y la propia sociedad escindida.

FASE PREPARATORIA DE LA LICITACIÓN

i) Cuando los empresarios deciden acudir a una licitación en UTE, ¿deben cerrar sus pactos internos antes de la presentación de la oferta, o basta que lo hagan al tiempo de la constitución posterior?

No existe obligación legal de celebrar pactos internos entre los miembros de la UTE para acudir a una licitación. No obstante, teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria derivada del artículo octavo, apartado e), número 8 de la LUTE, que se proclama con el carácter de solidaria e ilimitada entre los miembros de la UTE, frente a terceros y respecto a los actos y operaciones en beneficio del común, tiene todo el sentido que los que se propongan ser miembros de la UTE pacten con anterioridad a la presentación de la oferta cuáles son las obligaciones que cada uno de ellos asume y el régimen de responsabilidad que de ello se deriva.

Aparecen, pues, dos planos separados, uno el de la responsabilidad frente a terceros, fijada por la ley e inamovible, y otro el interno, entre los miembros, susceptible de ser establecida por acuerdo entre estos últimos, susceptible de derogar el establecido por el Código Civil ("CC") para las obligaciones solidarias. De esa manera, ante cualquier incumplimiento de obligación por parte de un miembro de la UTE se evita un daño irreparable para los demás, que podrían ser demandados por la Administración contratante o por el tercero con el que se celebre el contrato incumplido.

Internamente podrá establecerse cuál es la responsabilidad que asume cada miembro de manera que exista una acción de repetición interna en el caso de incumplimiento por algún miembro de la UTE. Así, si el tercero se dirigiese contra un miembro de la UTE que no es el responsable interno de la prestación sobre la que recae el incumplimiento, reclamando la totalidad de la indemnización, el reclamado tendrá a su alcance la acción que se derive del acuerdo interno.

j) ¿Puede constituir la garantía provisional o definitiva una de las empresas participantes en la UTE por todas?

Sí, aunque no será la normal. Lo normal es que cada miembro de la UTE aporte la suya, por su participación. El artículo 61.1 b) del RGLC prevé la posibilidad de que en el caso de UTEs, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida y garantice solidariamente a todos los integrantes de la UTE. Siendo ello así para la garantía provisional, no parece que el criterio no deba ser el mismo para la garantía definitiva. Así lo ha confirmado la JCCA en el Informe 50/06, de 11 de diciembre, afirmando que *"la circunstancia de que el precepto reglamentario transcrito se limite a citar a las garantías provisionales no puede oscurecer que en las garantías definitivas, cumpliéndose ambos requisitos de alcanzar la cuantía legalmente prevista y de garantizar solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal, se debe aplicar la misma regla de que las garantías definitivas puedan constituirse por una o varias de las empresas participantes, ya que ello insistimos-no es más que una consecuencia de la carencia de personalidad jurídica de la unión temporal"*.

k) ¿Las entidades avalistas pueden exigir contragarantías respecto del aval de cada miembro al resto de miembros de la UTE?

El supuesto por el que se pregunta es el de tercero, entidad financiera, que presta un aval ante la Administración contratante o ante el que contrate con los miembros de la UTE, para asegurar que estos cumplen con el contrato objeto de la UTE. En esa hipótesis, lo establecido en el artículo octavo, apartado e), número 8 de la LUTE, otorgaría a la entidad avalista acción contra cualquiera de los miembros de la UTE por entender que su responsabilidad es solidaria e ilimitada, dado que se trata de un acto u operación en beneficio del común.

No obstante lo anterior, lo habitual es que antes del otorgamiento del aval, las entidades financieras exijan una contragarantía *ad hoc* que al margen de la responsabilidad legal a la que acabamos de aludir, permita a dicha entidad dirigirse en repetición a cada uno de los miembros de la UTE, en caso de que el aval fuera ejecutado.

FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

a) ¿Qué diferencia tiene frente a una comunidad de bienes?

El contrato por el que se constituye la UTE es plurilateral en el que concurren una pluralidad de partes. Es un pacto asociativo del que surge un vínculo obligacional entre los miembros de la UTE, dando lugar a un supuesto de cotitularidad respecto a la posición contractual que los miembros de la UTE ostentan frente a la Administración contratante o tercero con el que se celebra el contrato.

El fenómeno de la cotitularidad asemeja las relaciones internas entre los miembros de la UTE con los supuestos de cotitularidad presentes en las comunidades de bienes.

Sin embargo, la diferencia es que en la UTE la cotitularidad es de derechos de crédito, los nacidos del contrato y relativos al mismo, y en la comunidad es de derechos reales.

Por lo demás, lo normal es que en la escritura pública en que se formalice la constitución de la UTE, se incluyan unos estatutos con el contenido que preceptivamente impone el artículo octavo, apartado e) número 8 de la LUTE y además pactos que específicamente estén llamados a regir aquellas situaciones que puedan aparecer en el desarrollo del contrato en cuya virtud se constituye la UTE. Esos pactos habrán de respetar las normas imperativas contenidas en la LUTE pero sigue quedando margen para la autonomía de la voluntad. Eso hace que en las UTEs aparezcan reglas que difieran de las previstas en el CC para las comunidades de bienes en sus artículos 392 y siguientes.

En aquellos supuestos carentes de regulación legal y contractual, podrán ser aplicadas las reglas de la comunidad de bienes previstas en el CC.



b) ¿Una UTE no inscrita en el Registro Especial se convierte en comunidad de bienes?

La inscripción en el Registro Especial es una formalidad exigida a los solos efectos de beneficiarse la UTE y sus miembros del régimen fiscal específico que se contiene en la LUTE y demás normativa aplicable. Por lo tanto, no es requisito con eficacia constitutiva.

La falta de inscripción supondrá que la UTE quedará sujeta como entidad sin personalidad jurídica al régimen general de los tributos afectados

c) ¿Pueden las UTEs tener bienes a su nombre?

Teniendo en cuenta que las UTEs no tienen personalidad jurídica, no pueden ser titulares de bienes. Los bienes que las UTEs pongan en común para permitir el cumplimiento de las obligaciones que a cargo de los miembros de la UTE surgen del contrato en cuya contemplación se constituya, serán bienes que seguirán perteneciendo a aquellos a quienes pertenecían o pertenecerán en proindiviso en la proporción que se establezca a los miembros de la UTE. Como singularidad aparecerá su afección a un fin: el cumplimiento del contrato objeto de la UTE.

FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

d) ¿Cómo se registran los bienes de la UTE?

Los bienes de la UTE se registran como supuestos de cotitularidad dominical, conforme a lo indicado anteriormente.

El vigente artículo 11 del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 ("RH") establece que no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica.

Debe tenerse en cuenta en este punto que el Real Decreto 1867/1992, de 4 de septiembre, modificó el artículo 11 del RH. A través de esa reforma se contemplaba una posible inscripción de bienes inmuebles de la UTE, haciéndose constar la composición de la UTE, su régimen de administración y disposición sobre tales bienes y practicándose la inscripción a nombre de los miembros de la UTE con sujeción al régimen de administración y disposición indicado. Sin embargo, tal reforma del RH fue anulada posteriormente por la STS de 31 de enero de 2.001 en el recurso contencioso-administrativo 507/1998, de tal forma que se mantuvo con su literalidad actual. La reforma pretendía hacer constar en el Registro la afección de los bienes al cumplimiento del contrato objeto de la UTE.

En otros ámbitos habrá que estar a la naturaleza del bien y a las normas específicamente aplicables. Así en el ámbito catastral el apartado segundo del artículo 9 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, atribuye la titularidad catastral a "*la comunidad constituida por los titulares en proindiviso*", sin mencionar expresamente a las UTEs, si bien las consultas tributarias relacionan dicho apartado directamente con el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. De donde resulta la condición de obligado tributario a las entidades sin personalidad jurídica que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, como es el caso de la UTE.

e) En caso de cesión de la posición de una empresa en la UTE, ¿qué requisitos administrativos se exigen?

Una vez formalizado el contrato, en el caso de modificación de la composición de la UTE, la LCSP prevé las siguientes reglas:

1. Autorización previa del órgano de contratación cuando la modificación suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varios por otra u otras, siempre que se haya ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del mismo.
2. Cuando tenga lugar respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la UTE operaciones de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.
3. Cuando alguna o alguna de las empresas integrantes de la UTE fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.



FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

f) En caso de cesión de la posición de una empresa en la UTE, ¿se requiere el consentimiento de los demás miembros?

Como se ha señalado anteriormente, con la constitución de la UTE no nace una persona jurídica con personalidad diferenciada de la de sus miembros, sino un supuesto de cotitularidad de una posición contractual. En consecuencia, una cesión de esa posición contractual requiere el consentimiento de las demás personas, físicas o jurídicas, que sean parte en el contrato, tanto miembros de la UTE como Administración o tercero con el que se contrate.

g) En cuanto a los bienes afectos a la UTE, la venta efectuada por su propietario formal sin el consentimiento de los demás ¿es jurídicamente válida?

Como hemos indicado, los bienes de la UTE siguen perteneciendo a aquel miembro de la misma al cual ya pertenecían o a aquel o a aquellos que lo haya o hayan adquirido. Tratándose de varios miembros los que ostenten la titularidad dominical, será necesario el consentimiento de todos ellos para que pueda producirse un acto válido de disposición.

En el caso de que se mantuviese la titularidad única y exclusiva de uno de los miembros de la UTE, este podría realizar válidamente actos de disposición de manera que no sería necesario el consentimiento de los demás miembros de la UTE. Sin embargo, como consecuencia de esa disposición el miembro titular del bien enajenado podría incurrir en un supuesto de incumplimiento de su obligación contractual y en ese caso los restantes miembros de la UTE tendrían una acción de repetición contra el mismo por razón de los daños y perjuicios que con su incumplimiento se les hubiese causado

h) ¿Pueden los miembros de la UTE iniciar acciones de responsabilidad civil frente a los gestores?

No existe un régimen específico de responsabilidad de gestores de UTEs. Tampoco es aplicable la normativa de sociedades mercantiles.

Sin embargo, eso no significa que los gestores de la UTE no respondan por sus actos. En la medida en que se la relación jurídica es un mandato, responderá de acuerdo con lo que dispone el CC (art. 1709 y siguientes) o de acuerdo con el régimen de responsabilidad de la comisión mercantil (art. 255 del Código de Comercio). En resumen, habrá responsabilidad cuando el gestor se extralimite o cuando actúe con dolo o negligencia.

i) Desde la perspectiva jurídico-privada, cuando la UTE ejecuta el contrato, ¿hace falta una subcontratación o una encomienda de la UTE a los miembros, para llevar a cabo el contrato?

Cuando se constituye la UTE, los miembros de la UTE quedan obligados a través de la relación obligacional que contraen con la Administración contratante o con el tercero con el que contraten.

Todos los miembros de la UTE quedan sujetos a una responsabilidad solidaria e ilimitada de manera que esa Administración o tercero podrá dirigirse contra cualquiera de los miembros de la UTE exigiéndole el cumplimiento del contrato.

No obstante, en la esfera interna, en los estatutos o pactos reguladores del funcionamiento de la UTE, los miembros de la misma podrán repartirse los cometidos, quedando responsable cada uno de los miembros del cometido asignado frente a los restantes miembros.

En ese estado de cosas la obligación del miembro frente a los demás, en la esfera interna, surge del propio pacto constitutivo de la UTE. No puede hablarse propiamente de subcontratación sino de un efecto inmediato y directo del propio acuerdo de constitución de la UTE.

Sin embargo, también podría establecerse una subcontratación con otra persona, manteniéndose la responsabilidad interna entre los miembros y de estos frente a la Administración contratante o persona con quien contraten. La subcontratación quedará sujeta a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.



FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

j) Desde la perspectiva jurídico-privada ¿cómo se organizan las relaciones con las sociedades del grupo de los miembros de la UTE, a los efectos de la subcontratación?

Teniendo presente el carácter puramente obligacional de la relación existente entre los miembros de la UTE, la subcontratación de una determinada actividad con un tercero miembro del grupo de sociedades de alguno de los miembros de la UTE, debe establecerse a través de un contrato a celebrar entre todos los miembros de la UTE y ese tercero subcontratado.

Otra cosa es que los pactos reguladores de la UTE permitan que un determinado cometido que ha de desarrollar uno de los miembros de la UTE pueda ser desarrollado por una sociedad integrada en el grupo de sociedades de dicho miembro, supuesto en el cual la relación contractual habrá de establecerse únicamente entre el miembro de la UTE y la sociedad integrada en su grupo de sociedades.

k) ¿La responsabilidad solidaria de la UTE es frente a la Administración o frente a cualquier tercero?

Lo es tanto frente a la Administración, como resulta del artículo 69.3 de la LCSP, como frente a cualquier tercero, tal y como resulta de la propia LUTE.

En relación a la Administración, el Tribunal Supremo ha señalado que *"frente a la administración las empresas integrantes de la UTE responden en perfecto régimen de solidaridad con independencia de cuál sea su régimen participativo interno en la formación de esa Unión Temporal, que necesariamente habrá de haberse plasmado en la escritura pública de constitución. Pero fuere cual fuere esa participación, el resultado frente a la administración contratante es la responsabilidad solidaria de las obligaciones derivadas del contrato concertado con la administración. El incumplimiento de las obligaciones frente a la administración, en el caso de que fuere imputable a una sola de las sociedades integrantes de la UTE no exime de responsabilidad a las restantes precisamente porque la ley ha configurado un régimen de responsabilidad de las uniones temporales de carácter y naturaleza solidaria"* (STS de 21 de diciembre de 2012, recurso de casación 6586/2010).

l) Si se identifica al responsable de un incumplimiento, de entre los miembros de la UTE, ¿tienen acción de regreso por la totalidad de la responsabilidad los demás miembros de la UTE?

Nuevamente, el punto de partida para contestar a esta pregunta es la regulación contenida en el artículo octavo, apartado e), apartado 8, de la LUTE conforme al cual la responsabilidad de los miembros de la UTE es solidaria e ilimitada frente a los terceros, con respecto a aquellos actos y operaciones que realicen en beneficio del común.

Siendo la responsabilidad solidaria, jugarán tanto el artículo 1.145 del CC que atribuye una acción de regreso a favor del que cumplió, para reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, como del artículo 1.147 contra el culpable de que no se haya producido el cumplimiento.

No obstante, habrá que estar a los pactos reguladores de la UTE para determinar cómo se distribuye la responsabilidad respecto a prestaciones concretas, en caso de incumplimiento de las mismas, y a la limitación o no de dicha responsabilidad que hubiera podido pactarse. Es ese uno de los aspectos que normalmente se incluyen en los pactos reguladores previos a la licitación del contrato objeto de la UTE.



FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

m) En la jurisdicción contencioso-administrativa, ¿puede recurrir un miembro de la UTE por separado un acto que afecta a todos los demás?

A la vista de la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión, no parece que sea aconsejable.

En efecto, el TS, de forma mayoritaria, ha interpretado que la decisión de participar en una licitación mediante UTE es una opción libre de sus miembros, en lugar de licitar de forma separada. Por ello, según el TS: *"al optar por esta forma de concurrir está libremente vinculando el interés al conjunto de la asociación de empresas, que será la entidad afectada por la decisión de la Administración convocante tanto si se le adjudica el concurso como si no. En caso afirmativo, la agrupación de empresas debía constituir una forma jurídica apropiada a la gestión de la concesión que sería la titular de los derechos y obligaciones derivados de la adjudicación y, en caso contrario, la propia agrupación sería la perjudicada por la decisión administrativa. En ambos casos, será la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación. En este sentido, las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso"*, sin que quepa oponer a ello que el resto de empresas integrantes de la UTE no hayan manifestado su voluntad contraria a la interposición del recurso (Sentencia de 18 de febrero de 2015, recurso de casación 1440/2013). Este criterio del TS es conforme con la jurisprudencia del TJUE, quien ha manifestado que no es contrario al derecho comunitario que según el Derecho nacional únicamente la totalidad de los miembros de una UTE pueda interponer un recurso contra la adjudicación de un contrato a otro licitador, y no sólo uno de sus miembros a título individual [Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas de 8 de septiembre de 2005, en el asunto C-129/04, entre Espace Trainon, S.A. Société wallonne de location financement, S.A. (Sofibail) y Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)].

Lo anterior, sin embargo, no se compadece con la regulación que en sede de recurso especial prevé el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, al reconocer, como supuesto especial de legitimación, la posibilidad de que para el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir una UTE en el supuesto de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Esta regulación puede llevar a la paradójica situación de que en vía administrativa se haya admitido un recurso especial interpuesto por un miembro de una UTE contra un acto que afecta a todos los demás y que, ante la decisión desfavorable del TACRC (o del órgano autonómico correspondiente) se interponga contra la misma recurso contencioso-administrativo por el miembro que interpuso el recurso especial y se inadmita dicho recurso por no haberlo interpuesto la totalidad de los miembros de la UTE.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante la existencia de pronunciamientos diversos del TS, durante el año 2018 se han admitido a trámite dos recursos de casación en los que el TS ha considerado que la cuestión relativa a si cada uno de los integrantes de una UTE está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia [Autos del TS de 14 de mayo (recurso de casación 5824/2017) y 25 de junio de 2018 (recurso de casación 36/2018)].

A la vista, pues, de la jurisprudencia predominante del TS que exige que para admitir a trámite un recurso contencioso-administrativo por parte de una UTE deben interponerlo todos los miembros de la misma, es aconsejable que el convenio regulador de la UTE incluya las previsiones pertinentes en este sentido, sin perjuicio de la nueva jurisprudencia que pueda fijar el TS al resolver los recursos de casación que sobre esta cuestión han sido recientemente admitidos a trámite.

FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

n) En la jurisdicción civil, ¿quién tiene legitimación activa (para demandar)?

La UTE puede interponer demanda, a través del gerente (la parte contraria habrá reconocido capacidad de obrar a la UTE al contratar, por lo que iría contra sus propios actos si le negara legitimación para exigir el cumplimiento del contrato).

Como declaró un Auto del TS de 6 de noviembre de 2007, los integrantes por sí solos no pueden demandar. Es preciso tener en cuenta que sus intereses no siempre estarán alineados.

La alternativa más segura es que demanden la UTE y sus miembros (en su condición de tales). De este modo la parte demandante no podrá oponer problemas de legitimación.

Una Sentencia del TJUE de 6 de mayo de 2010 (C-145/2008 y C-149/08) declaró que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que impide a uno de los miembros de la UTE, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual. Sin embargo, entendemos que esa resolución no cambia el escenario que hemos expuesto porque en España no existe ninguna legislación que impida a un miembro de la UTE pedir resarcimiento por los daños que haya sufrido directamente; cosa distinta es que el daño que soporta la UTE deba ser reclamado, en primer término, por la propia UTE.

o) En el orden social, ¿tiene la UTE legitimación activa (para demandar)?

En el orden social, la UTE puede actuar tanto como parte recurrente como recurrida.

p) En el plano pasivo, como codemandado, ¿a quién se demanda, a la UTE, a sus miembros o a ambos?

La UTE puede ser demandada a través de un procedimiento declarativo. El artículo 6.1.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC") atribuye capacidad para ser parte a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte, como es el caso de la UTE.

La sentencia que resulte podrá ser ejecutada, no sólo contra la UTE, sino también contra sus miembros, aunque el título ejecutivo se hubiera dictado contra la UTE únicamente (artículo 543.1 LEC).

Por tanto, cuando se demanda a la UTE habría una suerte de demanda implícita contra los miembros integrantes de la misma, como declaró la STS de 12 de junio de 2007.

Ahora bien, la posibilidad de despachar ejecución contra una entidad (el miembro de la UTE) que no ha sido parte en el procedimiento puede dar lugar a problemas procesales, en la medida en que el ejecutado no ha sido oído en el procedimiento declarativo. Para evitar problemas se recomienda demandar a la UTE y a sus miembros (en su condición de tales), de forma explícita.

q) ¿Son los pactos internos de los miembros de la UTE públicos para el órgano de contratación? ¿Puede requerirlos?

En principio, los pactos internos de los miembros de la UTE no deben facilitarse al órgano de contratación, a menos que lo pudiera requerir el PCAP de la licitación de que se trate, o que, por ejemplo, se requiera su aportación a los efectos del procedimiento sumarísimo que debe tramitar el órgano competente en materia de competencia si el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal.

FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

r) ¿Puede la UTE actuar como empresario a efectos laborales con personalidad jurídica independiente de la de sus integrantes?

Sí. La UTE será la entidad empleadora de los trabajadores y podrá suscribir convenios colectivos y actuar como empresa a todos los efectos laborales.

s) En relación con la tributación de los beneficios de la UTE, ¿cuál es el régimen fiscal aplicable? ¿Qué requisitos debe cumplir la UTE para aplicar el régimen fiscal especial de imputación previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades ("LIS")?

Con carácter general, la UTE tributará como contribuyente del impuesto de sociedades de acuerdo con el régimen fiscal especial de imputación previsto en el Capítulo II del Título VII de la LIS.

Para ello, la UTE debe cumplir con los requisitos del artículo octavo de la LUTE. Entre dichos requisitos cabe destacar que, el objeto de la UTE será desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España. Asimismo, como se dijo, su constitución deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Especial del Ministerio de Hacienda.

t) ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento de los requisitos señalados en la LUTE?

La UTE que no cumpla con los requisitos previstos en el artículo octavo de la citada ley no podrá ser considerada sujeto pasivo del impuesto de sociedades, no resultando de aplicación el régimen fiscal especial de imputación previsto en la LIS y, por el contrario, tributará de acuerdo con el régimen de atribución de rentas establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

u) ¿Qué ocurre cuando la UTE que cumple con los requisitos previstos en el artículo octavo de la LUTE, y no es inscrita en el Registro Especial del Ministerio de Hacienda?

La UTE no inscrita en el Registro Especial del Ministerio de Hacienda será considerada contribuyente del impuesto de sociedades, pero tributará de acuerdo con el régimen general de dicho impuesto en lugar de por el régimen fiscal especial de imputación.

v) ¿Cuáles son las características del régimen fiscal especial de imputación previsto en la LIS?

Con carácter general, este régimen permite la imputación a los partícipes de la base imponible positiva o negativa calculada en sede de la UTE, la cual no tendrá la obligación de liquidar el impuesto de sociedades en relación con dicha base imponible.

Además, se excluirán de tributación los dividendos y participaciones en beneficios distribuidos por la UTE y, de forma adicional, en sede del partícipe se permitirá la imputación: (i) del gasto financiero neto que no haya sido objeto de deducción por la UTE; (ii) de la reserva de capitalización que no haya sido aplicada por la UTE; (iii) las bases de las deducciones y bonificaciones en la cuota a las que tenga derecho la UTE; y (iv) las retenciones e ingresos a cuenta de la UTE.



FUNCIONAMIENTO DE LAS UTEs

w) En el ámbito tributario, ¿qué responsabilidad tienen los miembros de la UTE respecto de las obligaciones tributarias devengadas por ésta?

De forma genérica, los partícipes de la UTE responderán solidariamente de las obligaciones tributarias materiales de ésta en proporción a sus respectivas participaciones.

Adicionalmente, la LUTE establece la responsabilidad solidaria de los partícipes sin limitación a la proporción de su participación por las retenciones que la UTE esté obligada a realizar en relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto de sociedades, así como por los tributos indirectos devengados como consecuencia del ejercicio de la actividad que se realice. No obstante, el partícipe que hiciera frente a obligaciones tributarias por encima de su cuota de participación tendría derecho al reembolso, por vía civil, frente al resto de partícipes.

Por último, debe tenerse en cuenta que tanto los partícipes como aquellos implicados en la gestión de la UTE podrían ser declarados responsables solidarios de la deuda tributaria y de las sanciones correspondientes cuando fueren causantes o colaborasen activamente en la realización de una infracción tributaria por la UTE.



x) ¿Cuáles son los efectos fiscales de la cesión por un miembro de su posición en una UTE?

En el caso de partícipes sujetos pasivos del impuesto de sociedades o del impuesto sobre la renta de los no residentes mediante establecimiento permanente, la transmisión de la participación en la UTE estará sujeta y no exenta, debido a la imposibilidad de aplicar el régimen de exención previsto en el artículo 21 de la LIS. No obstante, el régimen fiscal especial de imputación aplicable a estos dispone que el valor de adquisición de la participación tenido en cuenta para calcular el beneficio o pérdida generado en la transmisión se verá incrementado en el importe de los beneficios de la UTE que no hubieren sido efectivamente distribuidos o reducido por las pérdidas sociales que hayan sido imputadas a los socios, cuando corresponda.

Por el contrario, cuando la transmisión se realice por un miembro no residente sin establecimiento permanente, la tributación de la plusvalía obtenida dependerá de lo previsto en el Convenio de Doble Imposición con el Estado de residencia del transmitente, si lo hubiere, y las reglas generales del impuesto sobre la renta de los no residentes.

y) ¿Cuáles serían los efectos fiscales para la UTE derivados de la modificación de su objeto social?

Para aquellas UTEs que tributen en el régimen especial de imputación del impuesto de sociedades, la modificación del objeto social para el que fueron constituidas supondrá la pérdida del derecho a aplicar dicho régimen. Por tanto, el desarrollo de un nuevo objeto social deberá hacerse mediante la constitución de otra UTE si se pretende la aplicación de dicho régimen.

Todo ello, sin perjuicio de que la UTE pueda desarrollar o ejecutar obras y servicios accesorios del principal sin que ello suponga la pérdida del régimen especial.

CRISIS DE LAS UTEs

a) ¿Es posible el concurso de una UTE?

No es posible. Sólo puede declararse el concurso de una persona física o jurídica.

b) ¿Qué sucede en caso de concurso de un miembro de la UTE? ¿A quién reclama el acreedor de la UTE?

El acreedor reclamará a la UTE y a sus miembros. En caso de concurso, la responsabilidad solidaria de los integrantes de la UTE aconseja al acreedor comunicar la totalidad del crédito en el concurso del miembro de la UTE.

c) ¿Puede incluir el administrador concursal los bienes de la UTE en el inventario del miembro concursado?

La UTE es un fenómeno singular, en la medida en que da lugar a la existencia de un patrimonio afecto a los fines de la UTE, que sin embargo no corresponde a una persona jurídica, sino a varias. Esta situación guarda mayor semejanza con una comunidad germánica (en mano común, en la que todo es de todos), que con una comunidad romana (por cuotas).

Así pues, cuando uno de los miembros de la UTE concursa, no puede considerarse que los bienes de la UTE forman parte del patrimonio del concursado. La Administración Concursal solamente deberá incluir en el inventario la cuota de liquidación que en su caso le corresponda (Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, Sentencia de 27 de enero de 2016). En el momento en que se disuelva la UTE (y el concurso de uno de sus miembros es una causa de disolución), entonces esa cuota se traducirá en unos bienes determinados.

La consecuencia de lo anterior es que los acreedores de la UTE, en la práctica, tendrán preferencia de cara al cobro frente a los acreedores de sus miembros, en la medida en que estos no recibirán nada de la liquidación de la UTE, sino en la medida en que se produzca un reparto, una vez saldadas las deudas de la UTE (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de abril de 2014).

d) ¿Se produce la resolución del contrato de UTE ex concursu?

El contrato de UTE no da lugar a una relación jurídica sinalagmática, en los términos del artículo 61 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y siguientes, sino que se trata más bien de un contrato asociativo, como la sociedad civil (STS de 20 de junio de 1991).

El concurso del miembro de la UTE sí será una causa de disolución (de conformidad con lo que dispone el art. 1700 CC, sobre causas de extinción de la sociedad. La disolución se producirá a instancia de parte, no es automática.

e) ¿Es la declaración de concurso causa de resolución de un contrato administrativo?

No. El artículo 69.9.c) de la LCSP establece expresamente que cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos por la documentación que rigió la licitación. Si bien la normativa previa a la LCSP no contiene una previsión similar, la misma conclusión alcanzó la JCCA en el Informe 1/17 sobre la base del principio general de la contratación del sector público de asegurar la satisfacción del interés público al que responde la contratación, esto es, la completa y adecuada ejecución del contrato, siempre que la empresa o empresas restantes reúnan las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para su ejecución y se mantiene la oferta a favor de la que se decantó la adjudicación inalterada, teniendo en cuenta que en materia de contratos del sector público la resolución del contrato constituye una medida excepcional y remedio último al afectar al interés público que inspira la contratación pública y que las empresa/s restante/s se obligaron solidariamente con la Administración al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. En el mismo sentido se manifiesta la STS 109/2017, de 26 de enero (recurso de casación 1599/2015).

Si la empresa/s restante/s no pueden cumplir los requisitos de solvencia y clasificación exigidos en la licitación, por no disponer por sí solas de las condiciones necesarias para la íntegra ejecución del contrato o no pueden mantener la oferta adjudicataria, deberá procederse a la resolución del contrato por cuanto que dicho incumplimiento puede afectar al interés público -completa y adecuada ejecución del contrato- y al principio de concurrencia.

CRISIS DE LAS UTEs

f) ¿Podría imputarse alguna responsabilidad a los demás miembros de la UTE en caso de que el juez del concurso de uno de los miembros considerase que la insolvencia es imputable a la mala gestión de la UTE?

No se puede descartar la posibilidad de que la insolvencia de un miembro de la UTE pueda ser causada o agravada por los gestores de la UTE, o incluso por la actuación de otro de sus miembros, en la medida en que haya perjudicado gravemente los intereses de la UTE, de forma dolosa o gravemente negligente. Podría ser un caso de complicidad en un concurso culpable.

g) ¿Se extingue la UTE cuando se termina el contrato? ¿Quién la representa en fase de liquidación?

Si la UTE se califica de unión temporal es porque se constituye en contemplación de un determinado contrato que debe tener una duración limitada. Como dice el artículo octavo de la LUTE, el objeto de las UTEs es desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España, por lo que tienen una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. Ese mismo precepto prevé una duración máxima de 25 años salvo excepciones aplicables a supuestos específicos de contratos de duración superior.

Por lo tanto, concluida la obra, prestado el servicio o hecho el suministro, cesará la actividad natural de la UTE y esta deberá entrar en fase de liquidación.

La forma de llevar a cabo la liquidación de las relaciones contraídas durante la vigencia de la UTE dependerá de lo pactado en los estatutos o pactos reguladores de la UTE. La representación de los miembros de la UTE la ostentarán aquellos a los que se hubiese apoderado al efecto. La podrá ostentar incluso el gerente único designado como tal en la constitución de la UTE.

h) ¿Cómo afecta una prohibición de contratar impuesta a un miembro de una UTE?

La declaración de la prohibición de contratar sobrevenida (a excepción de la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento prevista expresamente como causa de resolución del contrato en la LCSP) no es causa de resolución del contrato (ya sea adjudicado a una empresa o a una UTE en relación a uno o varios de sus miembros integrantes), no teniendo efectos retroactivos respecto de la validez de la adjudicación del contrato. Por ello, excepto en el supuesto de que el PCAP haya establecido como causa de resolución del contrato la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración o, más concretamente, la declaración de la prohibición de contratar sobrevenida, tal circunstancia no tendrá ningún impacto en la validez de la adjudicación. Así lo ha declarado en numerosos informes la JCCA (por todos, el Informe 22/16).



CONTACTOS



JAIME ALMENAR

T +34 91 590 4148

M +34 680602966

E jaime.almenar
@cliffordchance.com



JOSE LUIS ZAMARRO

T +34 91 590 7547

M +34 679033665

E joseluis.zamarro
@cliffordchance.com



CARME BRIERA

T +34 93 344 2210

M +34 616469192

E carme.briera
@cliffordchance.com



JOSE MARÍA FERNÁNDEZ-
DAZA

T +34 91 590 9466

M +34 659919758

E josemaria.fernandez-daza
@cliffordchance.com



IÑIGO VILLORIA

T +34 91 590 9403

M +34 649148377

E inigo.villoria
@cliffordchance.com



MIGUEL ODRIOZOLA

T +34 91 590 9460

M +34 679997289

E miguel.odriozola
@cliffordchance.com



PABLO SERRANO

T +34 91 590 9470

M +34 616469192

E pablo.serrano
@cliffordchance.com



JUAN CALVENTE

T +34 91 590 7546

M +34 616469201

E juan.calvente
@cliffordchance.com

CLIFFORD CHANCE

NUESTRA RED INTERNACIONAL DE OFICINAS 32 OFICINAS EN 21 PAISES



Abu Dhabi
Amsterdam
Barcelona
Beijing
Brussels
Bucharest
Casablanca
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt

Hong Kong
Istanbul
London
Luxembourg
Madrid
Milan
Moscow
Munich
Newcastle
New York

Paris
Perth
Prague
Rome
São Paulo
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Tokyo

Warsaw
Washington, D.C.
Riyadh*

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh
Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2019

Clifford Chance, S.L.P.U.

www.cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.