



Informe 7/2012, de 7 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente)

Asunto: Posibilidad de sucesión de una unión temporal de empresas (UTE) contratista por parte de una de las sociedades que la conformaban, en el caso de extinción de la otra

ANTECEDENTES

I. El presidente del Consejo Comarcal del Vallés Oriental ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre *"si es de aplicación, en caso de extinción de una de las sociedades agrupada en una unión temporal de empresas, la sucesión del contratista en la persona de la otra sociedad que constituía esta unión temporal"*.

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Con el fin de dar respuesta a la cuestión planteada por el presidente del Consejo Comarcal del Vallés Oriental, derivada de la extinción de una de las dos sociedades que conformaban una UTE, hay que efectuar, en primer lugar, unas breves consideraciones en relación con este tipo de entidades.

El Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora en adelante, TRLCSP)¹, prevé en su artículo 59, relativo a las "uniones de empresarios", que pueden contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesario formalizarlas en escritura pública hasta que no se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor y que los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedan obligados solidariamente y tienen que nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir

¹ Aunque el escrito de consulta hace referencia a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), ésta fue objeto de refundición con posterioridad a la petición de informe, mediante el referido Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que entró en vigor el pasado 16 de diciembre de 2011.



las obligaciones que se deriven del contrato hasta que se extinga, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

Asimismo, este precepto también prevé que a los efectos de la licitación, los empresarios que quieran concurrir integrados en una unión temporal tienen que indicar los nombres y las circunstancias de los que la constituyen y la participación de cada uno, como también que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de que resulten adjudicatarios del contrato y que *"la duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción"*².

Por su parte, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional, define la unión temporal de empresas en el artículo séptimo, el cual literalmente dispone que *"tiene la consideración de unión temporal de empresas el sistema de colaboración entre empresarios por un tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o la ejecución de una obra, de un servicio o un suministro"*. Además, este artículo también prevé expresamente que la unión temporal de empresas no tiene personalidad jurídica propia.

El artículo octavo de esta misma Ley, relativo a los "requisitos" de las uniones temporales de empresas, prevé, entre otros, los siguientes:

- Su objeto tiene que ser desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, aunque también pueden desarrollar o ejecutar obras y servicios complementarios y accesorios del objeto principal;
- Tienen una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto y la duración máxima no puede exceder de veinticinco años, excepto que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso la duración máxima es de cincuenta años;
- Tiene que haber un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones correspondientes y las actuaciones de la unión temporal tienen que hacerse a través del gerente, nombrado a este efecto, el cual lo tiene que hacer constar así en todos los actos y contratos que suscriba en nombre de la unión;
- Se tienen que formalizar en una escritura pública, que tiene que tener el contenido que el mismo precepto determina.

En definitiva, las UTE, como modalidad de colaboración entre empresas por tiempo determinado, constituyen una opción –reconocida legalmente– de las empresas que quieren contribuir a licitaciones del sector público, que puede obedecer a razones de especialidad de empresas o de solvencia, y que tiene por finalidad permitir el acceso de las empresas a

² Este último inciso fue añadido por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas.



determinados contratos a los que de manera individual no podrían acceder, o bien posibilitar la licitación y la ejecución de un contrato en mejores condiciones³.

II. Para responder la cuestión objeto de este informe hay que tener en cuenta, también, que de acuerdo con lo que dispone el artículo 223 del TRLCSP es causa de resolución de los contratos, entre otras, *"la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo que prevé el artículo 85"* (letra a).

En los supuestos de contratos formalizados con UTE constituidas temporalmente a efectos de contratar con el sector público, y vista la falta de personalidad jurídica de este tipo de entidad, a la cual ya se ha aludido, esta causa de resolución deriva de la extinción de la personalidad jurídica de una, alguna o diversas de las empresas que las conforman.

Ciertamente, tal como se indica en el informe 2/2003 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, no se puede hablar de extinción de la personalidad jurídica de una UTE, dado que la UTE "no generó persona jurídica nueva", pero sí de extinción de la UTE por extinción de la vigencia del compromiso asumido por las empresas que en su momento la constituyeron. En este sentido, hay que entender que, en todo caso, este compromiso se extingue, necesariamente, cuando lo hace una, alguna o diversas de las empresas que la conformaban.

Asimismo, el hecho que la extinción de la personalidad jurídica de una, alguna o diversas de las empresas agrupadas en una UTE sea causa de resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 223.a del TRLCSP también es conforme con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón contenido en el Informe 2/2012, de 1 de febrero, en el cual –reproduciendo lo que ya había manifestado en el informe 16/2011, de 8 de junio– afirma que *"la ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contratan realmente sean sus empresarios integrantes"*.

III. El artículo 85 del TRLCSP prevé y regula actualmente los supuestos de sucesión de empresas contratistas de contratos del sector público⁴. Así, y a efectos de lo que ahora

³ En unos términos similares se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, en el informe 7/2009, de 15 de junio, al afirmar que *"el objetivo de las uniones temporales de empresarios es superar las insuficiencias de cada uno de los componentes individualmente considerados, los cuales ponen en común sus medios para alcanzar el total cumplimiento del objeto del contrato"*.

⁴ Hay que señalar que tanto la redacción como la ubicación sistemática de estos supuestos de sucesión ha sido modificada en las diferentes regulaciones que se han dado a esta cuestión. Así, mientras que en el anterior Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, se encontraban recogidos en el capítulo sobre la resolución de los contratos (artículo 112, relativo a la "aplicación de las causas de resolución"); en la redacción inicial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, se encontraban recogidos en el capítulo sobre las modificaciones de los contratos (artículo



interesa, este precepto determina que se puede dar la mencionada sucesión en los casos y con los requisitos siguientes:

- En los casos de fusión de empresas en que participe la sociedad contratista, en los cuales continúa el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que queda subrogada en todos los derechos y obligaciones que dimanen del contrato.
- En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad, en los cuales continúa el contrato con la entidad a la cual se atribuya, que queda subrogada en los derechos y obligaciones que dimanen, siempre que:
 - Tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o
 - Las diversas sociedades beneficiarias de las operaciones mencionadas y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato.

Con el fin de determinar la posibilidad de admitir la sucesión de la empresa contratista en el supuesto de que ésta sea una UTE y se extinga una de las empresas que la componen, hay que determinar si este supuesto se corresponde con alguno de los que establece este artículo 85 del TRLCSP, todos ellos referidos a supuestos de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

Así, conviene analizar en qué consisten estas modificaciones, con el fin de determinar la eventual equivalencia de alguna de ellas con la de "división" o segregación de los miembros de una UTE, aunque el hecho que el TRLCSP circunscriba la sucesión en los contratos a casos de operaciones llevadas a cabo por sociedades mercantiles podría llevar a descartar de entrada la posibilidad de que esta sucesión se llevara a cabo en relación con una UTE.

Concretamente, por su similitud con el supuesto de hecho planteado en el escrito de consulta, procede recordar que, de acuerdo con lo que disponen los artículos 68 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la escisión de una sociedad mercantil puede adoptar las modalidades siguientes:

- Escisión total, consistente en la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente.

202.4); en la redacción de esta Ley 30/2007, de 30 de octubre, dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, pasaron a incorporarse en un capítulo específico, relativo a la sucesión en la persona del contratista (artículo 73.bis, relativo a los supuestos de sucesión del contratista), además de modificar parcialmente la redacción, y en el actual TRLCSP se ha mantenido su denominación, redacción y ubicación en un capítulo específico.



- Escisión parcial, que se configura como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o diversas partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o diversas sociedades de nueva creación o ya existentes.
- Segregación, entendida como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o diversas partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, en una o diversas sociedades.

Tal como ya ha señalado esta Junta Consultiva en el Informe 13/2009, de 30 de septiembre⁵, en los casos de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles "se producen alteraciones o modificaciones que afectan a una determinada sociedad ya existente que cambia de forma, se integra o se segrega, pero que, al mismo tiempo, mantiene, en algunos supuestos, su personalidad jurídica o, en otros, se da una solución de continuidad respecto de la nueva sociedad, al producirse una sucesión universal".

Justamente, parece que el cimiento de la posibilidad prevista en el artículo 85 del TRLCSP, de sucesión en los contratos del sector público –y de la consiguiente subrogación en todos los derechos y obligaciones que dimanen–, se encuentra en el mantenimiento de la personalidad jurídica y en esta solución de continuidad⁶.

En este sentido, se constata que, vista la propia configuración y naturaleza de las UTE, brevemente analizada en la consideración jurídica anterior de este informe, el supuesto de "separación" de los miembros de este tipo de entidades no se corresponde con los de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles previstas en este artículo 85 del TRLCSP y, en concreto, con la figura de la escisión, ya que ni se mantiene la personalidad jurídica de la UTE –que desaparece en el caso de extinción de uno de sus miembros–, ni se da en las empresas que la componían una continuación respecto de ella.

IV. Una vez descartada la posibilidad de sucesión en un contrato del cual era contratista una UTE por parte de una de las empresas que la conformaba, en el supuesto de que la otra se extinga, se considera conveniente hacer referencia a una eventual opción alternativa a la resolución del contrato.

⁵ En este Informe se analizan las denominadas "modificaciones estructurales" de las sociedades en relación con la eventual aplicación de la prohibición de contratar de una empresa dominante de un grupo de empresas en las empresas del mismo grupo, en virtud del artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

⁶ También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 30/01, de 13 de noviembre, hace referencia al hecho de que en estos casos la subrogación es consecuencia de una sucesión empresarial.



En concreto, hay que tomar en consideración la opción prevista y regulada en el artículo 226 del TRLCSP, relativo a la cesión de los contratos⁷.

Este precepto prevé que los derechos y las obligaciones que dimanen de un contrato se pueden ceder por el adjudicatario a un tercero, siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado y que no suponga una alteración sustancial de las características del contratista, si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

Además, de acuerdo con este mismo artículo, la cesión de los derechos y las obligaciones contractuales de la UTE contratista a una empresa –que, en el caso objeto de consulta, sería una de las empresas que la conformaban– estaría supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que el órgano de contratación autorizara, de forma previa y expresa, la cesión.
- b) Que el cedente tuviera ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato.
- c) Que la empresa cesionaria tuviera capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que fuera exigible, y estuviera debidamente clasificada si este requisito hubiera sido exigido a la cedente, y no estuviera incurso en una causa de prohibición de contratar.
- d) Que la cesión se formalizara, entre la empresa adjudicataria y el cesionario, en escritura pública.

En todo caso, hay que tener también en cuenta que, en el supuesto planteado en la consulta, la eventual cesión del contrato se tendría que llevar a cabo con carácter previo a la extinción de una de las sociedades agrupada en la UTE, ya que ésta implica la extinción de

⁷ En este sentido, a pesar de ser un supuesto de hecho diferente al tratado en este informe, conviene tener presente que la opción de la cesión de contrato es la que el Consejo de Estado, en el Dictamen 946/1999, de 17 de junio, considera que procede en el caso de modificación de una UTE, en este caso no por extinción de una de las sociedades que la conformaban, sino por el cambio en las cuotas de participación de las sociedades agrupadas. Así, considera que la cesión por parte de una sociedad de un determinado porcentaje de su cuota de participación en la UTE a la otra entidad que la integra *"constituye una transferencia de la posición contractual; eso es, una verdadera novación subjetiva, en tanto que comporta un cambio de la persona que ostenta la posición jurídica de contratista"* y que, por lo tanto, tenían que cumplirse los requisitos previstos en la normativa de contratación pública para la cesión de contratos.

En cambio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 3/2002, de 22 de marzo, ha considerado que la alteración en los porcentajes de participación de una UTE entre las mismas empresas que la componían, no supone la necesidad de cumplir con los requisitos que se exigen para la cesión de los contratos.



la propia UTE y la resolución del contrato –así como, por lo tanto, la imposibilidad de llevar a cabo la cesión.

En definitiva, en el supuesto que se plantea en el escrito de consulta de extinción de una de las dos empresas que conforman una UTE contratista, no se puede producir la sucesión por parte de la otra empresa con carácter alternativo a la resolución del contrato, porque no se trata de uno de los supuestos en que ésta se permite, de conformidad con lo que dispone el artículo 85 del TRLCSP, pero sí que se podría llevar a cabo una cesión del contrato por parte de la UTE a esta otra empresa, si concurren los requisitos fijados en el artículo 226 del TRLCSP.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo que dispone el artículo 85 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el caso de un contrato del cual sea contratista una UTE no resulta de aplicación la sucesión –ni la consiguiente subrogación en todos los derechos y obligaciones que dimanen– por parte de una de las empresas que la conformaba, en el supuesto de extinción de la otra.

Barcelona, 7 de junio de 2012