

UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS Y DERECHO CONCURSAL

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA
Abogado

Extracto:

¿Qué ocurre cuando la empresa concursada es participe en uniones temporales de empresas vivas a la fecha de declaración del concurso?, ¿qué le ocurre a la propia unión temporal? En definitiva, ¿qué consecuencias tiene la situación concursal sobre la UTE y sus partícipes? Este es un tema escasamente abordado por la doctrina y por la jurisprudencia. En el presente trabajo se parte de la naturaleza jurídica de las uniones temporales de empresarios y se analizan las cuestiones apuntadas.

Palabras clave: concurso de acreedores, unión temporal de empresas, UTE.

TEMPORARY BUSINESS AND BANKRUPTCY LAW

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA
Abogado

Abstract:

WHAT happens when the insolvent company is participating in joint ventures alive at the date of declaration of insolvency? What happens to the joint venture itself?

In short, what are the consequences of the bankruptcy of the joint venture and its participants? This is an issue rarely tackled by the doctrine and jurisprudence.

In the present work is parted from the legal nature of the temporary union of entrepreneurs and discusses the issues targeted

Keywords: bankruptcy, consortium, joint venture.

Sumario

- I. Naturaleza jurídica de las UTE.
- II. Naturaleza contractual de las UTE.
- III. Contratos con el sector público.
- IV. Práctica de la administración concursal.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS UTE

Como han señalado BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ ¹ respecto a las Uniones Temporales de Empresas (UTE): «resulta muy discutida su naturaleza jurídica, materia enturbiada por las contradicciones de la ley, así, por ejemplo, si bien niega expresamente a la UTE personalidad jurídica (art. 7) ², y la escritura pública no se inscribe en el Registro Mercantil (sino en uno de carácter administrativo que se lleva en el Ministerio de Hacienda). Sin embargo, la UTE funciona en el tráfico bajo una denominación común, por lo que se aproxima a una sociedad (además, externa). Sin embargo, a nuestro juicio la ausencia de personalidad jurídica por expresa voluntad del legislador dificulta su consideración como tal sociedad».

En mi opinión, puede definirse a las UTE como entes o entidades que carecen de personalidad jurídica –imponiendo la ley a sus miembros, la responsabilidad solidaria e ilimitada frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común– y que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, funcionando en el tráfico jurídico bajo una denominación propia para el desarrollo o ejecución exclusivamente –por tiempo cierto, determinado o indeterminado– de una obra, servicio o suministro concreto.

Según nuestro Diccionario (vigésima segunda edición), «entidad: colectividad **considerada como unidad**. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica».

He propuesto a la Real Academia la revisión de los artículos «ente» y «entidad»:

«En el sitio web de esa Real Academia he visto que en el "Avance de la vigésima tercera edición" de nuestro Diccionario, aparece como artículo enmendado el artículo "ente".

Una de sus definiciones es la de "entidad (con personalidad jurídica...)".

Asimismo, consultado el artículo "entidad" no aparece como enmendado y aparece como "colectividad... tomada como persona jurídica".

¹ *Manual de Derecho Mercantil* (Volumen I). Tecnos, 2010.

² 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.

El que suscribe considera que debe aprovecharse la vigésima tercera edición de nuestro Diccionario para introducir la siguiente enmienda a ambos artículos (*ente y entidad*):

En ambos artículos se ha de tener en cuenta que los entes o entidades tienen o pueden no tener personalidad jurídica. Por tanto, por ejemplo con referencia al artículo *ente*, lo correcto es decir: "entidad (con o sin personalidad jurídica...)"»

El artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que:

«Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás **entidades** que, **carentes de personalidad jurídica**, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición».

La idea de unidad económica o patrimonio separado puede deducirse, entre otras, de las siguientes realidades:

1. Las UTE son obligados tributarios (art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), a las que las leyes tributarias imponen obligaciones formales y materiales independientes de las de sus miembros: son sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido; tienen la obligación de practicar e ingresar retenciones fiscales, etc.³.
2. Son empresarios a los efectos de la legislación laboral y de Seguridad Social, de forma independiente a la de sus empresas miembros. La relación laboral se constituye y desarrolla entre el empleador (UTE) y el empleado.
3. Las UTE, como se ha indicado (BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ), funcionan en el tráfico jurídico bajo una denominación propia; como una unidad económica, formalizando –en su propio nombre– contratos, emitiendo y recibiendo facturas, efectos de comercio, etcétera.
4. Disponen de un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que se establece en sus estatutos.

³ Sobre el régimen fiscal y contable de las UTE, puede verse, entre otros:

RUIZ DE PALACIOS VILLAVARDE: «La Unión Temporal de Empresas: una forma de negocio en colaboración». *La Ley*, 2003.
ARIAS ABELLÁN: «Régimen fiscal de las Agrupaciones de Interés Económico y de las Uniones Temporales de Empresas». *Impuestos*, núm. 17, septiembre 2001.

AZCONA PEDRAZA: «El régimen tributario de las Agrupaciones de Interés Económico y Uniones Temporales de Empresas». *Impuestos*, núm. 21, noviembre 2006.

ARAGÓN BUENO y HARO PÉREZ: «Uniones temporales de empresas: un análisis de su configuración económica y contable». *Partida Doble*, núm. 133, mayo de 2002.

CALVO VÉRGEZ: «¿Se hallan facultadas las UTE para acogerse en el IS al criterio de imputar sus resultados al periodo en el que hubiesen sido aprobadas sus cuentas anuales? (Comentario a la Sentencia de la AN de 1 de octubre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. núm. 135/2006)». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 301, abril 2008.

5. Tienen, de hecho, un Activo y un Pasivo y son centro de generación de resultados ⁴.
6. Como unidad económica o patrimonio separado, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que la ley impone a sus miembros, estos –los miembros– no tienen derechos concretos sobre los bienes y relaciones jurídicas que integran la UTE, sino un derecho global y abstracto –en función de su participación– sobre el todo, hasta su liquidación y extinción. Los miembros de la UTE participan en una comunidad de beneficios o pérdidas a la conclusión del contrato objeto de la unión.

De gran interés es la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), del 12 de febrero de 1990:

«La demanda se dirige contra una agrupación temporal de empresas constituida legalmente para realizar una obra que ostenta la denominación "Montajes Industriales Carvajal, S.A., Equipos Nucleares, S.A., Dragados y Construcciones, S.A., Empresarios Agrupados Unión Temporal de Empresas, Ley 18/1982"», que usa la denominación abreviada en anagrama MONCAENDYC; **se demanda también separadamente a cada una de las empresas que integran la Agrupación.**

Al plantear estas el tema de la legitimación, se razona en la sentencia que esta corresponde a la Agrupación, por lo que estima la excepción de su falta en cuanto se reitera la demanda contra dichas empresas individualizadamente. Esta solución puede, en este caso, estimarse correcta, pues **por virtud de la agrupación temporal, surge una nueva empresa autónoma, que actúa bajo una unidad de dirección y bajo una denominación distinta de la de las empresas agrupadas**, aunque las identifique, cuya empresa, a tenor del artículo 7 de la referida Ley 18/1982, de 26 de mayo, no viene a constituir una persona jurídica nueva, correspondiendo su titularidad a las empresas integradas que responden frente a terceros solidariamente; de tal modo que, al demandarse a la Agrupación, se está demandando a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa que constituyen, **sin ser correcto demandarlas además separadamente como titulares de una relación laboral desvinculada de la agrupación**, en cuyo sentido han de entenderse los pronunciamientos de la sentencia sobre el particular, **lo que no implica que pueda ser distinta la solución en el supuesto de que la existencia de la agrupación no sea conocida por el trabajador afectado**, en cuyo caso la demanda habrá de ser dirigida contra la persona o personas jurídicas que se hubieren revelado como titulares empresariales en el correspondiente contrato de trabajo».

⁴ Artículo 8 e) Siete y Nueve de la Ley 18/1982 (menciones que deben constar obligatoriamente en sus Estatutos):

«Siete. La proporción o método para determinar la participación de las distintas empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión.

Nueve. El criterio temporal de imputación de resultados o, en su caso, ingresos o gastos».

Asimismo, en el Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. Quinta Parte: Definiciones y relaciones contables) se incluye la cuenta 554. "Cuenta corriente con uniones temporales de empresas y comunidades de bienes":

«Recoge los movimientos con las uniones temporales de empresas y comunidades de bienes en las que participe la empresa, derivados de aportaciones dinerarias, incluida la fundacional, devoluciones dinerarias de las uniones temporales de empresas, prestaciones recíprocas de medios, servicios y otros suplidos, y asignaciones de los resultados obtenidos en las mismas.»

En mi opinión, dado que con el instituto de la responsabilidad solidaria se trata de reforzar determinados derechos de crédito (garantía), en el caso de las UTE estimo que podría sostenerse que estamos ante una responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de las empresas miembros; por lo que el acreedor de la UTE debe dirigirse, en primer lugar, a la propia UTE para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Aunque no pueda hablarse con propiedad de la existencia de un beneficio de excusión a favor de las empresas miembros, las exigencias de la buena fe⁵ requieren, a mi entender, que medie un previo requerimiento de pago o cumplimiento a la propia UTE, antes de dirigirse a las empresas miembros (sin que, obviamente, tenga que acreditarse la insolvencia de la UTE para poder dirigirse a las empresas miembros). Debe tenerse en cuenta que la solidaridad es respecto a todo tipo de obligaciones (no solo las dinerarias), incluidas las de hacer, por lo que no tiene sentido –por ejemplo– que suscrito un contrato de ejecución de obra con una UTE, sin un previo incumplimiento, el dueño de la obra se dirija a cualquiera de las empresas miembros de la UTE para que cumpla por sí misma con las prestaciones del contrato. Refuerza esta tesis, en mi opinión, la previsión del artículo 543.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Artículo 543. Asociaciones o entidades temporales.

1. Cuando en el título ejecutivo aparezcan **como deudores** uniones o agrupaciones de diferentes empresas o entidades, solo podrá despacharse ejecución directamente frente a sus socios, miembros o integrantes sí, por acuerdo de estos o por disposición legal, respondieran solidariamente de los actos de la unión o agrupación.

2. Si la ley expresamente estableciera el carácter subsidiario de la responsabilidad de los miembros o integrantes de las uniones o agrupaciones a que se refiere el apartado anterior, para el despacho de la ejecución frente a aquellos será preciso acreditar la insolvencia de estas.»

A título de ejemplo, si en una sentencia aparece como deudor la UTE es porque se ha actuado contra ella, pudiéndose después ejecutar lo dispuesto en la sentencia contra sus empresas miembros. Asimismo, si un pagaré o una letra de cambio ha sido librada por la UTE a favor de, por ejemplo, un proveedor, este, una vez llegada la fecha de vencimiento, deberá acreditar que el efecto ha sido impagado por la UTE para dirigirse a cualquiera de las empresas miembros, no pudiendo requerir antes su pago de forma indistinta a la UTE o a cualquiera de las empresas miembros. Estamos ante algo parecido a la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, recogida en el artículo 1.597 del Código civil, que también tiene carácter solidario (ya que no excluye la acción del subcontratista al contratista), pero que, como tiene establecido la jurisprudencia, es requisito indispensable para ejercitar la acción que el crédito esté vencido, sea exigible y exista intimación previa de la mora al contratista.

A pesar de las notas anteriores, JURISTO SÁNCHEZ⁶ señala que las UTE no constituyen, al margen de las personas de sus componentes, «un separado centro subjetivo de imputación de derechos y obligaciones» (STS de 26 de abril de 2001). No obstante, este autor dice que: «podría cuestionar-

⁵ Según el artículo 7 del Código Civil, «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

⁶ «La Unión Temporal de Empresas Contratistas de Obras». THOMSON REUTERS, 2010.

se que aun no teniendo la UTE un patrimonio personal, sin embargo, el conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico que se dan entre sus miembros y que entrañan derechos y obligaciones, constituye ese conjunto, una masa patrimonial con una especial unidad de destino como es el propio de la UTE (la ejecución de la obra o la prestación del servicio o suministro) y entonces la situación sería similar a la de la sociedad civil irregular, que careciendo también de personalidad jurídica, se rige por las normas de la comunidad de bienes (art. 1.669 del CC)».

OTERO *et ál.*⁷ entienden que: «los acreedores de la UTE, **tras dirigirse contra los posibles saldos y bienes existentes a nombre de la misma**, podrán exigir a cualquiera de las empresas asociadas el pago de la totalidad de la deuda».

Ha de tenerse en cuenta que el contrato de la UTE contiene dos caracteres esenciales del contrato de sociedad: la puesta en común de dinero, bienes o industria y la presunción de un ánimo en las empresas partícipes de repartirse las ganancias.

II. NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS UTE

La naturaleza contractual de las UTE se desprende de la propia Ley 18/1982, que dispone en su artículo 8 que las UTE se formalizarán en escritura pública que «expresará... la voluntad de los otorgantes de constituir la Unión y los estatutos o pactos que han de regir el funcionamiento de la Unión». Esta disposición exige ciertas menciones en dicha escritura de constitución, quedando en libertad las empresas miembros para hacer constar, además, «los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los otorgantes consideren conveniente establecer».

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la UTE se constituye para un fin muy determinado, el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro; por lo que puede decirse que el contrato de UTE es medial o instrumental respecto al contrato de obra, servicio o suministro.

Por tanto, nos encontramos, al menos, con dos contratos: el *de asociación* (constitutivo de la UTE, suscrito entre las empresas miembros) y el relativo al objeto para el que se constituye la UTE (contrato de obra, de suministro, etc.; suscrito entre la propia UTE y el cliente). Asimismo, las empresas miembros tienen relaciones con la UTE, tales como aportaciones financieras necesarias para el cumplimiento de su objeto, prestaciones de medios, servicios y otros suplidos.

Según señala JURISTO SÁNCHEZ⁸, en las escrituras de las UTE suelen incluirse cláusulas que contienen pactos de disolución cuando una de las empresas miembros es declarada en concurso. «El pacto en cuestión suele considerar como causa de extinción de la UTE, la simple declaración del concurso, lo que podría pensarse que no es conforme con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Concursal, según el cual "se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolu-

⁷ «Sociedades Mercantiles. 2010». Memento Práctico. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. Septiembre, 2009.

⁸ «La Unión Temporal de Empresas Contratistas de Obras». *Ob. cit.*

ción o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes". Ahora bien, este artículo está contemplando los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, como se enuncia en el propio epígrafe del artículo ("Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas"), lo que no es el contrato de la UTE pues es esencialmente plurilateral; esta norma sí que, en cambio, habrá que tenerla en cuenta en relación con el contrato de obra concertado por la UTE dado su carácter bilateral».

Considero que las demás empresas miembros no pueden oponer el pacto de disolución por insolvencia, pues constituyen la UTE con la concursada para ejecutar exclusivamente un contrato con obligaciones recíprocas (el contrato de obras, servicio o suministro), que es el fin económico del contrato de la UTE.

Cuestión distinta es que dicho pacto pueda tener efectos en el caso de que el contrato suscrito por la UTE sea **administrativo**, en cuyo caso la causa de disolución podría venir impuesta por las prohibiciones establecidas, como se verá, en la legislación sobre contratos del sector público. El artículo 67 de la Ley Concursal dispone:

«Artículo 67. Contratos con Administraciones públicas.

1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta ley.»

En mi opinión, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho concursal y dado que la UTE se constituye, por imperativo de la ley, para la ejecución **exclusivamente**⁹ de una obra, servicio o suministro concreto (**contratos con obligaciones recíprocas**), a las relaciones del concursado con la UTE han de aplicárseles las previsiones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, respecto a los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas (dado que el concursado está ejecutando, a través de la UTE, un contrato con obligaciones recíprocas); siendo una de las principales consecuencias que, declarado el concurso, las prestaciones que el concursado deba realizar a las uniones temporales de empresas en las que participa son con cargo a la masa. Asimismo, la salida del concursado de una UTE tendrá como consecuencia que los daños y perjuicios que tal salida origine serán indemnizaciones que han de satisfacerse también con cargo a la masa.

Para GARCÍA-VILLARRUBIA¹⁰, «parece que los efectos que la declaración de concurso de uno de sus integrantes tendría para la propia UTE serían los mismos que la Ley Concursal establece sobre

⁹ Artículo 8 b) de la Ley 18/1982.

¹⁰ «Declarado el concurso de una sociedad miembro de una UTE ¿qué consecuencias tiene sobre la Unión y sus socios?». Foro del Boletín Mercantil, 1 de junio de 2009. Puede verse también en www.uria.com (Publicaciones-Artículos jurídicos).

los efectos de la declaración de concurso en las relaciones contractuales del concursado. Bastará con recordar, en este sentido que, según el artículo 61.2 de la Ley Concursal "la declaración del concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Además, por aplicación del artículo 61.3 de la Ley Concursal, se tendrán por no puestas y por lo tanto carecerán de ningún efecto jurídico cualesquiera cláusulas, frecuentes en la práctica (al menos anterior a la Ley Concursal) que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato de la UTE por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes».

III. CONTRATOS CON EL SECTOR PÚBLICO

Para GARCÍA-VILLARRUBIA ¹¹: «es en el ámbito de la contratación pública en el que la declaración de concurso de una sociedad integrante de una UTE puede producir consecuencias de mayor importancia».

Deben tenerse en cuenta las siguientes previsiones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

«Artículo 48. Uniones de empresarios.

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

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

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

3. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurran en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros

¹¹ «Declarado el concurso de una sociedad miembro de una UTE ¿qué consecuencias tiene sobre la Unión y sus socios?». *Ob. cit.*

que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Artículo 49.1 b) (Prohibiciones de contratar).

Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

Artículo 206 b) (Causas de resolución de los contratos).

La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Artículo 207. Aplicación de las causas de resolución.

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca.

2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato.

En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7.

3. Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

4. La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

5. En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución.

6. En el supuesto de demora a que se refiere la letra e) del *artículo anterior*, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5 por 100 del importe del contrato, se estará a lo dispuesto en el *artículo 196.5*.

7. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta ley.

Artículo 209. Cesión de los contratos.

1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos 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.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. **No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.**

c) **Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.**

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondieran al cedente.»

Respecto a las modificaciones subjetivas en el contrato de la UTE, JURISTO SÁNCHEZ ¹² ha señalado que: «en un contrato plurilateral como es el de la UTE, y también por su carácter de contrato abierto, es posible que se incorporen nuevos socios, otros dejen de serlo o alguno sea sustituido por otro, lo que inevitablemente repercutirá en el contrato de obra (el que se viene llamando contrato de la UTE)». Según este autor, para la incorporación de un nuevo socio se requiere el acuerdo unánime de los demás y la aceptación del dueño de la obra, «pues no se le puede obligar a que lo tenga como parte en el contrato». No obstante, este autor señala que: «**si el contrato de obra es administrativo**, la Administración no podrá consentirlo porque el contrato se adjudicó sobre la base de la oferta que presentaron unos determinados empresarios, y a través de la modificación subjetiva del contrato se estaría también contratando ahora con otro más, prescindiendo, respecto de él, del procedimiento de selección de ofertas. Por el contrario, **si es civil el contrato**, ese impedimento no existe porque el dueño de la obra no está sujeto a ese tipo de procedimientos».

Respecto a la sustitución de uno de los miembros de la UTE por un tercero, mediante la cesión de la participación, JURISTO SÁNCHEZ entiende que: «esta sustitución no puede considerarse sin embargo como un caso de cesión del contrato de la UTE, pues de cesión de contrato solo puede hablarse si el contrato es bilateral con obligaciones sinalagmáticas o recíprocas pendientes de cumplimiento (SSTS 26 de noviembre de 1982 y 4 de febrero 1993) y no, por lo tanto, si es plurilateral como el de

¹² «La Unión Temporal de Empresas Contratistas de Obras». *Ob. cit.*

la UTE, en el que el incumplimiento de una parte no autoriza a las demás a no cumplir si, pese a esto, se puede alcanzar el fin común continuando el contrato entre las partes que cumplan». Señala, asimismo, que: «la sustitución de un socio no entraña la transmisión en bloque de derechos y obligaciones propia del contrato de cesión».

En caso de encontrarnos ante un **contrato de obras administrativo**, este autor entiende que no tienen que cumplirse todos los requisitos que se establecen en el artículo 209 de la Ley de Contratos del Sector Público para la auténtica cesión de contrato. «Lo que la sustitución sí dará lugar (y esto no tanto por lo que se dispone en ese artículo 209 de la LCSP como por el efecto de la subrogación de ejecutar la obra) es que la Administración exija, para consentir la sustitución, que el sustituto tenga la capacidad y solvencia necesarias para que no peligre el cumplimiento del contrato por su parte y también para que no se altere la clasificación que acaso se haya conseguido por la acumulación de la de cada uno de sus miembros».

Otra modificación subjetiva es la del pacto de reducción de socios. Para JURISTO: «cuando se desee reducir el número de socios, habrá que empezar por conseguir la modificación del contrato de obra, obteniendo el consentimiento del dueño o titular, que es el acreedor de la prestación a cuya ejecución está obligado solidariamente el socio que pretenda desvincularse del contrato de la UTE y consiguientemente del de obra».

Como posibles soluciones a la problemática de la declaración de concurso de una empresa miembro de una UTE (especialmente si el contrato está bajo la Ley de Contratos del Sector Público), MOLÍAS SENTÍS y RAYA MANRESA¹³ señalan que hay que tener «en cuenta que en virtud del sistema de responsabilidad solidaria de los socios de la UTE, el incumplimiento de la ejecución de la obra, aunque sea por causas imputables a nuestro socio en situación de concurso, nos llevará a responder frente al propietario de la obra de la totalidad de los perjuicios que se le causen, con el ingratito posterior cometido de tener que revertir dichas responsabilidades a una compañía (la concursada) con una muy limitada capacidad económica para resarcirnos.

Es posible que la primera solución que se nos ocurra sea la de cambiar de socio. Al ser la obra en cuestión un activo de la concursada, será preciso plantear esta necesidad o conveniencia a la Administración concursal, para en su caso formalizar dicha sustitución. Sin embargo, no se nos puede escapar que este cambio de socio supone una cesión de contrato, para lo cual existen unas limitaciones básicas (art. 209 de la Ley 30/2007): 1. Previa autorización de la Administración contratante, y 2. Que ya se haya ejecutado un 20 por 100 de la obra.

Como alternativa a la cesión y al cumplimiento de sus específicos requisitos y legitimada precisamente por el régimen de responsabilidad solidaria entre socios de la UTE, se plantea la redistribución de la participación de los socios en la UTE, así como la asunción de la gerencia, para lo que deberá contarse con la aprobación de la Administración concursal, y que permitirá que de una forma

¹³ «Efectos de la declaración de concurso de un socio en una UTE». *La Vanguardia*, 27 de noviembre de 2008. Togas.biz, 27 de noviembre de 2008.

más ágil pueda asumirse el control de la totalidad de la obra, sin que la inoperatividad del socio concursado afecte al buen fin de la misma».

Respecto a la declaración de concurso durante el curso de la ejecución del contrato administrativo (art. 67.1 de la Ley Concursal), GARCÍA-VILLARRUBIA ¹⁴ señala que: «el artículo 206 b) de la LCSP establece como causa de resolución del contrato "la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento"». Se trata de una causa de resolución **no potestativa**, tal y como dispone el artículo 207.2 de la LCSP, si bien indica que la resolución no se producirá con la sola declaración de concurso, sino con la apertura de la fase de liquidación. Mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración podrá potestativamente continuar el contrato si el contratista presta garantías suficientes para la ejecución del contrato.

En este contexto normativo, se trata de determinar si la declaración de concurso de uno de los miembros de la UTE produce una suerte de **efecto contaminador** que se extiende a la propia UTE y a los demás socios, convirtiéndose en causa de resolución del contrato, con las consecuencias indicadas. Las escasas resoluciones judiciales disponibles (referidas a la legislación sobre insolvencias anterior a la Ley Concursal) parecen decantarse por entender que **la declaración de concurso de uno de los integrantes de la UTE no es causa de resolución del contrato**, en la medida en que los miembros de la UTE no son propiamente el contratista o adjudicatario del contrato, sino que lo es la UTE (Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2000 y la ya citada del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 3 de octubre de 2000). Esta postura, sin embargo, ha de tomarse con cautela. Por más que la adjudicación del contrato se haya producido a una oferta integrada por varios empresarios (constituidos o no en la UTE al tiempo de la adjudicación), lo cierto es que la UTE carece de personalidad jurídica y que, propiamente, los licitadores son los miembros de la UTE. Ello bien puede llevar a entender que una causa de resolución que afecte a uno solo de sus integrantes produce los mismos efectos que una causa de resolución que afecte al contratista cuando este sea una persona jurídica concreta. De mantenerse este criterio, la resolución sería potestativa hasta la apertura de la fase de liquidación en que sería preceptiva. **Parece razonable considerar, pues, que durante ese tiempo sería prudente plantearse el recurso a algunas de las alternativas establecidas en la LCSP para evitar el riesgo de resolución del contrato (por ejemplo, mediante la cesión parcial del contrato a los demás integrantes de la UTE o a un tercero)**».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en su Informe 1/04, de 30 de septiembre de 2004, trata de posibles soluciones ante la situación concursal de una de las empresas miembros de una UTE, adjudicataria de un contrato de obras. Respecto a la **cesión del contrato** de obras a una empresa que forma parte de la UTE adjudicataria del contrato, la Junta Consultiva considera que si se cumplen los requisitos establecidos en la Ley de Contratos, «el socio de una UTE adjudicataria de un contrato administrativo, en este caso de obras, podrá ser cesionario de ese contrato».

¹⁴ «Declarado el concurso de una sociedad miembro de una UTE ¿qué consecuencias tiene sobre la Unión y sus socios?». *Ob. cit.*

La Junta Consultiva consideró en aquellos momentos que si era posible que el Ayuntamiento consultante pudiera lograr el fin público de su actuación, mediante otra figura ofrecida por la legislación de contratos:

«En efecto: la cláusula 68 del pliego de cláusulas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, y plenamente vigente actualmente para las obras de las Administraciones Públicas, señala que "cuando alguna de las empresas que forman parte de una agrupación temporal quede comprendida en alguna de las circunstancias previstas en los números 4, 5 y 6 del artículo 157 del Reglamento General de Contratación, la Administración estará facultada para exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones pendientes del contrato a las restantes empresas que formen la agrupación temporal o para acordar la resolución del mismo".

Dado que el reglamento a que se refiere la cláusula citada fue derogado por la disposición derogatoria única.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCAP, la referencia de la antedicha cláusula a los números 4, 5 y 6 del artículo 157 del derogado reglamento, debe entenderse hecha a los apartados a) y b) del artículo 111 de la LCAP, que es a los que se refieren los derogados y puesto que no existe otra mención de ello en el reglamento vigente que pudiera sustituir a aquellos dos números.

A partir del día 1 de septiembre de 2004, fecha en que ha entrado en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dicho artículo 111 b) de la LCAP reza así: «La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento».

De esta forma la mencionada cláusula 68 del pliego de cláusulas generales para la contratación de obras del Estado, tendría este contenido:

«Cuando algunas de las empresas que forman parte de una agrupación temporal quede comprendida en alguna de las circunstancias previstas en los apartados a) y b) del artículo 111 de la LCAP (la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista o la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento), la Administración estará facultada para exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones pendientes del contrato a las restantes empresas que formen la agrupación temporal o para acordar la resolución del mismo.»

JURISTO SÁNCHEZ ¹⁵ ha señalado al respecto que: «una respuesta a favor de la conservación del contrato de obra, y por ende del contrato de la UTE respecto de los socios solventes, la proporciona la cláusula 68 del PCAG, en la que se contemplan los que antes eran casos de quiebra o suspensión de pagos ¹⁶ (ahora solo concurso), facultando a la Administración para exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones pendientes a las restantes empresas o acordar la resolución del contrato. Sin embargo, parece claro que esa continuidad del contrato solo podrá predicarse respecto a los socios solventes, de forma que respecto al concursado el contrato quedaría resuelto por imperativo del artículo

¹⁵ «La Unión Temporal de Empresas Contratistas de Obras». *Ob. cit.*

¹⁶ Se preveían en el artículo 157 anterior Reglamento General de Contratación del Estado (RCE).

lo 207.2 de la LCAP, debiendo asimismo practicarse una liquidación parcial, siquiera provisional del contrato de la UTE, al depender de la definitiva liquidación de la obra.

Por lo que se refiere a la posible sustitución del socio insolvente por otro que se incorpore a la UTE, la legislación de contratos administrativos no la contempla, a diferencia de otras legislaciones, pero no parece que sea admisible, y esto no tanto porque no pueda pactarse dentro del contrato de la UTE, para lo que no se encuentra objeción, como por el consentimiento que tendría que dar la Administración para que el nuevo socio figurase como parte en el contrato con ella, lo que supondría contratar con él al margen de los procedimientos que deben observarse para adjudicar estos contratos».

En mi opinión, la posibilidad de sustitución del socio insolvente no debe rechazarse de plano, pues no nos encontramos con una sustitución sin causa o por cualquier tipo de conveniencia sino ante una sustitución por causa de fuerza mayor. Por tanto, si el sustituto tiene la capacidad y solvencia requerida por la legislación de contratos públicos no debería haber inconveniente.

Sería conveniente una modificación legal que ayudara a resolver los problemas que se plantean cuando algún miembro de la UTE entra en situación concursal, parecida a la que se ha arbitrado en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para la sucesión en la persona del contratista. Así, la disposición final decimosexta introduce un nuevo artículo 73 bis en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

«Artículo 73 bis. Supuestos de sucesión del contratista.

En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquella de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.»

Se trataría de establecer que la UTE contratista continuara vigente con los socios no concursados, siempre que estos reunieran las condiciones de solvencia necesarias y sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la empresa concursada.

IV. PRÁCTICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Respecto a la práctica seguida por Administraciones concursales en los casos en que la concursada participa en uniones temporales de empresa, se observa que suelen seguirse criterios parecidos a los siguientes ¹⁷:

«EFECTOS DEL CONCURSO EN LAS UTE EN LAS QUE PARTICIPAN LAS EMPRESAS EN CONCURSO:

En relación con las consecuencias de la declaración de concurso sobre las UTE en las que participa URAZCA CONSTRUCCIONES, S.A. señalamos que:

1. Las UTE **carecen de personalidad jurídica propia** distinta de la de sus miembros, derivándose de ello que las empresas miembros van a responder de forma subsidiaria, solidaria e ilimitadamente de las deudas de la misma. Es decir, los acreedores de la UTE deben dirigirse, en primer lugar, contra los posibles saldos y bienes existentes a nombre de la misma y, si el crédito no fuera satisfecho se dirigirían contra cualquier empresa asociada, a la que podrán exigir el pago de la totalidad de la deuda, dada la solidaridad existente, y siempre teniendo en cuenta el régimen propio (societario o no) de la empresa asociada.

2. Ello significa que **las UTE no están en concurso** sino que solo lo pueden estar las empresas que las integran. Por consiguiente, el concurso de las empresas del Grupo URAZCA que están en concurso **no despliega sobre ellas los efectos que a estas solo les afecta**, ni, en especial, los relativos a la intervención de la Administración concursal sobre las facultades de administración y disposición de su patrimonio y el resto de los previstos en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

3. No obstante y dado el peculiar sistema de responsabilidad que afecta a los miembros de la UTE y, por tanto, las empresas en concurso por las operaciones de aquella, **la intervención de la Administración concursal se deberá producir limitada únicamente a la aprobación de aquellos actos que impliquen la asunción de nuevas obligaciones por esta o a la realización de nuevas aportaciones**. Ello significa:

a) Se pueden firmar los pagarés de los contratos vigentes antes del concurso; si el proveedor quisiera la firma del administrador concursal como garantía adicional habría que enviarlos a Bilbao.

b) No se pueden firmar **nuevos contratos sin aprobación concursal**.

c) No se pueden realizar **aportaciones sin aprobación concursal**.

d) No se puede realizar **ninguna actuación extraordinaria sin aprobación concursal**.

e) Se pueden **firmar certificaciones a cuenta, pero no liquidaciones sin aprobación concursal**.

¹⁷ Visto el 14 de febrero de 2011 en: http://www.administracionconcurسالurazca.com/admin_informa.html#AC19.

f) **El dinero que cobre la UTE se queda en la UTE.**

g) Cualquier persona física o jurídica que pague a acreedores de una empresa en concurso, **se subroga en la posición que tenga dicho acreedor en el concurso** con la excepción de si se trata de créditos privilegiados de tipo laboral en los que dicha subrogación no alcanzaría al privilegio que dichas deudas pudieran tener, que solo cabe si el pagador es el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

h) Por consiguiente, **si los miembros de la UTE o esta pagan a trabajadores de una de las empresas en concurso cantidades que estas les adeuden anteriores al 9 de mayo de 2008, no será posible que deduzcan las mismas de la siguiente factura de suplidos que se emita o de la liquidación de la UTE.**

4. En cuanto a los acreedores que tenía la UTE a la fecha del auto de declaración de concurso (9 de mayo de 2008), no se produce su integración en la masa pasiva del concurso (art. 49 de la Ley Concursal), salvo como créditos contingentes, ya que, en primer lugar, habrán de ser satisfechos por la UTE con su propio patrimonio y, solo en el caso de que esta no lo hiciere (responsabilidad subsidiaria o previa excusión frente a la UTE), los miembros de la UTE y las empresas del grupo en concurso, entre ellos, responderían solidariamente de dichas obligaciones que, en el caso de esta última, lo haría conforme al resultado que se produzca en el concurso. Si las deudas anteriores se devengaran con posterioridad al auto de declaración de concurso, el razonamiento es idéntico, solo que lo que la empresa en concurso tuviere que pagar en su momento, lo sería como crédito contra la masa (art. 84.2.5.º de la LECO).

5. En cuanto a las **aportaciones que las empresas en concurso deban hacer a la UTE**, hay que distinguir entre aquellas debidas con anterioridad al auto de declaración de concurso que son *deudas concursales* liquidables con el saldo positivo que pudiera tener la UTE al término de la obra, y aquellas otras devengadas con posterioridad al auto, serían *crédito contra la masa* que debiera aportarse con la perspectiva de la liquidación final.»