

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE CANARIAS INFORME 1/2016.

INFORME 1/2016 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA RELATIVA A LA CESIÓN DEL CONTRATO ENTRE EMPRESAS MIEMBROS DE UNA U.T.E.

ANTECEDENTES

Por la Dirección General de Telecomunicaciones se interesa informe relativo a la cesión de contrato entre empresas miembros de una U.T.E.

El 12 de agosto de 2014 se firmó contrato relativo al Servicio de Apoyo funcional y técnico del sistema informático de nómina centralizada del Gobierno de Canarias entre el Director General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías y la U.T.E. GENERAL DE SOFTWARE DE CANARIAS S.A Y ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U. Por un importe de un millón sesenta y ocho mil noventa euros (1.068.090,00€) cuyo plazo de ejecución es de 24 meses, prorrogables por otros 24 meses. Se inició la ejecución el 1 de septiembre de 2014.

El 4 de diciembre de 2015 se presenta escrito de GENERAL DE SOFTWARE DE CANARIAS S.A. comunicando que solicitó al Juzgado de lo Mercantil la apertura de la fase de liquidación el pasado 14 de octubre. Posteriormente, el 18 de diciembre de 2015, se mantuvo una reunión con los miembros de las U.T.E. GENERAL DE SOFTWARE DE CANARIAS S.A. Y ATOS CONSULTING CANARIAS, S.A.U.al objeto de valorar las opciones más favorables para las partes contratantes.lo Mercantil la apertura de la fase el 18 de diciembre de 2015, se GENERAL DE SOFTWARE DE S.A.U.al objeto de valorar las opciones más favorables para las partes contratantes.

La Dirección General de Telecomunicaciones plantea una doble alternativa para continuar:

a) Mantener el contrato actual con la U.T.E. y atender a la propuesta de cesión de participación en el contrato entre GENERAL DE SOFTWARE DE CANARIAS.S.A Y ATOS CONSULTING CANARIAS, S.A.U. No obstante, en el caso de que GENERAL DE SOFTWARE DE CANARIAS S.A, se extinguiese antes de la finalización del contrato y de su posible prórroga, habría que resolver el contrato.

b) Que el órgano de contratación autorice la cesión del contrato por la U.T.E.GENERAL DE SOFTWARE DE CANARIAS S.A. Y ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U a la empresa ATOS CONSULTING CANARIAS, S.A.U, de acuerdo con lo establecido en el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se solicita informe sobre cuál es la opción más favorable a los intereses de la Administración. Y si se optase por la segunda de las posibilidades, si la documentación aportada en su día por ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U. para acreditar su capacidad para contratar con la Administración y su solvencia técnica y profesional en el contrato con la U.T.E. bastaría para seguir acreditando estos extremos en el contrato que ahora le cede.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Antes de entrar a analizar la cuestión planteada por la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías se ha de señalar que no es competencia de esta Junta informar sobre un expediente particular de contratación; no obstante, dado que los términos en que se plantea la consulta guardan relación directa con aspectos de interpretación normativa que inciden en el sistema general de derechos y obligaciones derivados de la contratación administrativa, cuales son los relacionados con la apertura del período de liquidación de una de las mercantiles integrantes de la Unión Temporal de Empresas adjudicataria de un contrato y sus posibles efectos, esta Junta Consultiva considera oportuno emitir su parecer sobre los aspectos generales implicados en tal cuestión, al tiempo que se resalta el carácter consultivo de este informe.

1. Normativa aplicable a las Uniones Temporales de Empresas

La regulación de las Uniones Temporales de empresas se encuentra prevista en normas fiscales como 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 y Regional, modificada posteriormente por otras como (Ley 43/1995, y 66/1997, de Impuesto de Sociedades, Ley 46/2002, de Medidas Fiscales; Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social...), destaca la Ley 12/1991, de Agrupaciones de Interés Económico, que vino a sustituir la figura de la Agrupación de Empresas.

Las Uniones Temporales de Empresas, se encuentran reguladas, en materia contractual en los artículos 59, 66 y 149. 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en los artículos 24, 51, 52 y 61 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

El artículo 59 TRLCSP , apartado segundo preceptúa:

“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.”

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 2/2012, de 1 de febrero, las define como “(..una unión temporal de empresarios es un sistema de colaboración que surge como consecuencia de un contrato asociativo, de carácter temporal, para la ejecución de un contrato, dando lugar a una organización distinta de la de sus miembros, pero sin personalidad jurídica propia o diferenciada. Se trata, por lo tanto, de una asociación para empresarios que- manteniendo su independencia jurídica, y siendo sus miembros los que asumen la condición de contratistas- disponen durante su vigencia del contrato de una estrategia de dirección unitaria para su ejecución, a la que no podrían hacer frente de manera individualizada.

Esta ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión y no a la misma... “

II. Posible resolución del contrato por concurrencia de causa imputable a uno sólo de los miembros de la Unión Temporal de Empresas

Para resolver la cuestión planteada por la Dirección General de Comunicaciones se ha de estar a lo previsto en el artículo 223 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), en el que se recogen las causas de resolución de los contratos, entre ellas se encuentran:

“a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento(..j”

Consecuentemente, habrá que atender, en primer lugar a las consecuencias que puede tener para la UTE como contratista, la declaración de concurso o insolvencia de una de las personas jurídicas que la integran, y en especial, si dicha nueva situación produciría la resolución del contrato formalizado por la UTE.

Para responder a esta cuestión, el Informe 7/2012, de 7 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña señaló lo siguiente:

“El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 las obligaciones que se deriven del contratos hasta que se extinga. (...) “la duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.”

A lo que debe añadirse lo previsto en el apartado 2, donde se señala que “ Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente (...)“

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 a las uniones temporales de empresas en su artículo séptimo “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 de un suministro”, la unión temporal de empresas no tiene personalidad jurídica propia.

De esta forma son dos las circunstancias que tipifican la unión temporal de empresas; esto es, la asunción de un compromiso solidario entre varios empresarios condicionado a la adjudicación del contrato, sin que surja una nueva persona jurídica y el carácter temporal del compromiso, cuya vigencia queda ligada a la propia vigencia del contrato del que la unión de empresas trae causa.

Sin embargo, no puede hablarse de extinción de la personalidad jurídica en una UTE, tal y como señala el Informe 2/2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias “(...), pues no habiéndose extinguido la personalidad jurídica del contratista inicial, ya que la UTE no generó personalidad jurídica nueva, sino tan solo la vigencia de compromiso asumido por las empresas que en su momento constituyeron la UTE, nada impediría que, en un nuevo procedimiento de adjudicación de un posterior contrato derivado del inicial, tales empresas se constituyeran nuevamente en unión temporal con el fin de ejecutar un nuevo contrato

(«.),, Consecuentemente, no se genera una nueva personalidad jurídica al constituirse la UTE pero sí se extingue el compromiso de vigencia adquirido entre las empresas, al extinguirse una o alguna de las que lo conformaban.

El criterio de que la extinción de la personalidad jurídica de una o alguna o diversas de las mercantiles agrupadas en una UTE sea causa de resolución del contrato por concurrir causa

prevista en el artículo 223 a del TRLCSP también es conforme con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

El artículo 85 del TRLCSP regula los supuestos de sucesión de contratista al señalar:

“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.”

El Informe de la Junta Consultiva de Cataluña 13/2009, aclaraba lo siguiente “se producen alteraciones o modificaciones que afectan a una determinada sociedad ya existente que cambia la forma, se integra o se segrega, pero que, al mismo tiempo, mantiene, en alguno supuestos, su personalidad jurídica o, en otros, se da una solución de continuidad respecto de la nueva sociedad, al producirse una sucesión universal.”

Parece entonces, que la voluntad del legislador es que la sucesión de contratos del sector público, junto con la consecuente subrogación en todos los derechos y obligaciones que dimanen, se encuentra en el mantenimiento de la personalidad jurídica y en la solución de continuidad.

Se constata que dada la naturaleza de la UTE y la “separación” de los miembros de este tipo de actividades no se corresponde con las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que se prevén en el artículo 85 TRLCSP, y en concreto, con la figura de la escisión, dado que UTE desaparece con la extinción de uno de sus miembros y no se puede dar continuidad a la mercantil.

Por lo tanto, bajo la lectura del artículo 85 del TRLCSP, 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.

III. Entrada en concurso de uno de los integrantes de la UTE

El artículo 224.2 del TRLCSP preceptúa que” 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 (....)

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

El artículo presenta la facultad de resolver el contrato si se declara el concurso y la obligación de resolverlo si se declara la insolvencia en cualquier procedimiento o la apertura de ella fase de liquidación en un concurso, por parte de la Administración contratante.

Sin embargo, para las UTEs no rige la misma norma. La cláusula 68 del Decreto 3854/1 970, que no fue derogado expresamente por el RGLCAP, por lo que cabe entenderlo vigente en todo lo que no contradiga a la Ley o Reglamento 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 (declaración de quiebra o suspensión de pagos del contratista) del artículo 157 del Reglamento General de Contratación, la Administración estará facultada para exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones pendientes del contrato o a las restantes empresas que formen la agrupación temporal o para acordar la resolución del mismo.”

La jurisprudencia si bien en relación con la legislación anterior sobre insolvencias ha venido sosteniendo que la declaración de concurso de uno de los integrantes de la UTE no es causa de resolución del contrato, en la medida en la que los miembros de la UTE no son estrictamente el contratista o adjudicatario del contrato, sino que los es la UTE- en este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2000 afirmaba que “ En orden a la primera alegación su desestimación deviene en base a las siguientes razones: de los datos fácticos aportados al proceso, y que se expresan en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, aparece que la adjudicataria de la obra fue la Unión Temporal de Empresas formadas por dos compañías constructoras, por la que la suspensión de pagos, a la que devino una de ellas, carece de virtualidad jurídica, ya que, por un lado esta situación concursal se presenta por una sola de las personas jurídicas que constituían el sujeto jurídico obligado, como adjudicatario, a ejecutar la obra contratada “En estos casos entendemos que si bien pueden adoptarse soluciones intermedias para no crear perjuicios a la Administración contratante ni a las empresas que, formando parte de la UTE, se hallan en situación de continuar con el contrato.”

En análogo sentido se pronunció el Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha en su informe 177/201 3, aunque no se refiere a un supuesto de insolvencia, sí atiende a la posible resolución por la Administración contratante de un contrato de gestión de servicio de concesión de transporte público regular por carretera, dado que las empresas integrantes de la UTE adjudicataria del contrato han incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social. Aunque la normativa de

contratación pública no contempla el incumplimiento como causa de resolución, sí se prevé dicha consecuencia en la Ley de Ordenación de Transportes Terrestre. “La naturaleza ilimitada de esta responsabilidad (la de los miembros de la UTE) supone por tanto en el caso que nos ocupe, que la Administración, en cuanto tercero, puede reclamar a cualquiera de las empresas miembros de la UTE, individualmente, la totalidad de las obligaciones que la UTE debe afrontar, independientemente de la participación de las empresas en la UTE (...) Aún cuando no se trata de supuestos de extinción de resoluciones contractuales por la causa aquí invocada (...) procede traer a colación dos pronunciamientos jurisprudenciales sobre resoluciones contractuales que a juicio de este Consejo resultan especialmente clarificadores respecto al alcance de la responsabilidad solidaria de las UTE. El primero es la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2000 en la que se expresa lo siguiente: “(...)En orden a la primera alegación su desestimación deviene en base a las siguientes razones: de los datos fácticos aportados al proceso y que se expresan en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, aparece que la adjudicataria de la obra fue la Unión Temporal de Empresas formada por dos compañías constructoras, por la que la suspensión de pagos, a la que devino una de ellas, carece de virtualidad jurídica, ya que, por un lado, esta situación concursal se presenta por una sola de las personas jurídicas que constituían el sujeto obligado, como adjudicatario a ejecutar la obra contratada; en segundo lugar, la situación legal de suspensión de pagos, únicamente determina los efectos de la intervención judicial de las operaciones a efectuar en el tráfico jurídico-comercial por la entidad suspensa, pero para afectar al cumplimiento de sus obligaciones nacidas de los contratos por ella concertados, no existe paralización de la actividad empresarial y jurídica que constituye el quehacer de su objeto social; (...) La alegación de la parte recurrente sobre que la Administración debió proceder a resolver el contrato por la suspensión de pagos de una de las empresas que formaban la unión temporal de empresas debe ser desestimada, toda vez que tal situación concursal únicamente afecta a una de ellas, cuando ambas estaban obligadas al cumplimiento del contrato” El segundo lo constituye la sentencia de 3 de octubre de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Ar. RJCA 2000, 2420,...).

A los anteriores razonamientos aún cabe añadir otro fundamental (...) y es que en la situación de la causa ahora invocada, aún configurada como una causa específica de extinción de las concesiones de transporte, han de tenerse en cuenta los principios inherentes al ejercicio de una facultad exorbitante por la Administración como es la facultad resolutoria de sus contratos, cuyo ejercicio no se produce de manera automática, sino cuando lo exUa el interés público implícito en cada relación contractual. En el caso que nos ocupa por la Administración no ha sido acreditado en qué medida el incumplimiento por parte de X y P de sus obligaciones con la Seguridad Social, ha podido influir negativamente o ha imposibilitado la prestación del servicio de las rutas de transporte objeto de las concesiones que se pretenden extinguir, por lo que no cabría apreciar una justificación objetiva suficiente garante del interés público en juego, que permita defender la viabilidad de la resolución contractual pretendida. En definitiva la naturaleza y características de la UTE, que es la

entidad contratista actualmente obligada a dispensar los servicios inherentes a las concesiones de transporte público regular de viajeros por carretera y de uso general, así como la responsabilidad solidaria que caracteriza el cumplimiento de sus obligaciones frente a la Administración, impiden apreciar la concurrencia de la causa resolutoria prevista en los artículos 48. lb) de la LOTT y 42.1 e) y 95.1 h) del RLOTT, por lo que debe informarse desfavorablemente la resolución contractual pretendida....”

IV. Posible cesión del contrato entre miembros de la UTE

El artículo 226 del TRLCSP, prevé la posible cesión de los derechos y obligaciones dimanantes del contrato si se dan los siguientes supuestos:

- Que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, o que no suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.
- Que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado
- Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión
- Que el cedente tenga ejecutado, el menos, el 20% del importe 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.
- 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 causa de prohibición de contratar.
- Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

La unión temporal de empresas como cualquier otro contratista podrá, cumpliendo los requisitos señalados, ceder el contratos del que sea adjudicataria a tercero. Sin embargo, una cosa es la cesión del contrato por la UTE en sí, y otra es si cabe la cesión del contrato entre los miembros de la UTE, pues la cesión de un contrato supone la existencia de un tercero (cesionario), ajeno inmediatamente a la relación contractual, y en puridad, en el caso de cesión entre integrantes de la UTE, tal ajeneidad no se da. No obstante lo cual, informes de distintas Juntas Consultivas, así como la jurisprudencia, entienden que sí es posible esta modalidad de cesión, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones antedichas previstas en el artículo 226 del TRLCSP.

El informe de la Junta Consultiva de Baleares 1/2004, atiende a la siguiente pregunta. “Reúne la condición de “tercero” un socio de una sociedad? ¿Un miembro de una UTE? La respuesta no está en determinar la cualidad de socio de una UTE. Lo cierto es que si la Ley autoriza a ceder un contrato a favor de un tercero, a más abundamiento es posible la cesión del contrato a un socio de

una UTE adjudicataria de ese contrato, y ello porque la Administración ha conocido al cesionario, éste en calidad de socio, ha optado al concurso y ha sido adjudicatario del mismo, o sea, si la Administración puede ceder un contrato a un tercero, con más motivo y razón podrá cederlo a un socio de la entidad adjudicataria del contrato, ya que hablamos en todo momento de personalidades jurídicas diferentes. Por consiguiente, si se cumplen los requisitos del artículo 114.2 de la LCSP (art. 226 TRLCSP), el socio de una UTE adjudicataria de un contrato administrativo, en este caso, de obras, podrá ser cesionario de ése contrato.”

El informe de la Junta de Cataluña 7/2012, descarta la posibilidad de sucesión en un contrato del cual era contratista una UTE por parte de una de las empresas que la conformaba, sí admite la cesión del contrato entre la empresa que se extingue y uno de los componentes de la UTE aunque señala que “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 la propia UTE y la resolución del contrato, así como, por lo tanto, la imposibilidad de llevar a cabo la cesión.”

El informe de la Junta de Andalucía 10/2012, señala que “El precepto transcrito no contiene restricción alguna en relación con los sujetos cedentes y cesionarios de los contratos. (...) La sola disposición de la UTE sin sujetarse previamente al régimen de cesión del contrato la colocaría en una causa de resolución del contrato por incumplimiento del mismo, con las consecuencias que para estos supuestos prevé la legislación de contratos públicos.”

Por su parte, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su informe VAL 09/2011, señala, apoyándose en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C- 454/06, Presstext Nachrichtenagentur) considera factible la desaparición de la relación obligacional de la empresa afectada por su entrada en concurso, mediante la reorganización interna de la UTE “Por tanto cuando se tratan de meras reorganizaciones internas, habida cuenta que la persona jurídica en concreto participó en un procedimiento de licitación previo, los cambios eventuales en la composición no suponen en principio una modificación sustancial del contrato adjudicado.

Esta respuesta jurisprudencia sería aplicable a la UTE afectada por la situación concursal de uno de sus miembros, pues los motivos que conducen a la cesión no restringen ni la libre competencia ni suponen una alteración sustancial del contrato, sino que se debería a una reorganización interna en las partes que continúan la ejecución mediante la cesión del contrato, que obviamente deberían proceder a una reestructuración importante (porcentaje de participación, gerencia...) y que fueron partícipes del procedimiento selectivo previo de contratación.”

En análogo sentido se pronuncia el informe de la Junta Consultiva de Andalucía 3/2002, aunque sin referirse a la causa del concurso de uno de los miembros de la UTE “La redistribución de los porcentajes de participación entre los mismos miembros integrantes de una unión temporal de

empresarios no altera el sistema de responsabilidad solidaria que afecta a todos y cada uno de los empresarios (...)

Los requisitos que para la cesión de los contratos exigen en el artículo 114 del LCSP (art. 226 TRLCSP) de aplicación en este supuesto en concreto, ya que tal precepto está previsto para la cesión a un tercero de derechos y obligaciones dimanantes de un contrato, y en el presente supuesto ni hay un nuevo empresario que se incorpora a la unión ni por supuesto se altera el régimen de derechos y obligaciones de los empresarios, los cuales en virtud del sistema de responsabilidad solidaria se mantiene invariable para cada uno de ellos.

Lo anterior no es óbice para que la Administración deba resolver sobre lo solicitado en atención a las circunstancias que concurran, acudiendo al procedimiento general que para resolución de incidencias prevé el artículo 97 del RGLCAP y en caso de acceder a lo solicitado se deberá modificar la escritura de formalización de la unión en los extremos afectados.”

El Informe de la Junta Consultiva de Baleares 8/2005, niega la posibilidad de que una UTE se transforme en una sociedad, pasando a ser esta la que continúe sin más trámite con la ejecución del contrato:

“1. La cesión de un contrato, adjudicado a una UTE, a una sociedad anónima constituida por los mismos miembros de la unión, y con la participación de los mismos porcentajes es un supuesto de cesión de contrato administrativo regulado en el artículo 114 del LCSP (art. 226 TRLCSP)

2. En el supuesto de la cesión de contrato administrativo objeto de esta consulta tienen que cumplirse estrictamente los requisitos del artículo 114 del TRLCSP.

3. (...) Los miembros integrantes de una UTE pueden constituirse en sociedad anónima o en cualquier otro tipo de asociación que consideren oportuno ya sea civil, mercantil o de otra índole. Cosa distinta es que esta nueva figura jurídica puede ostentar la titularidad de una concesión administrativa obtenida en la correspondiente licitación por la UTE en cuestión.”

El artículo 57.2 del TRLCSP sí recoge la posibilidad de transformación para un supuesto concreto.

“Quienes concurran individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución, y en su caso, la forma de la sociedad deberá ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.”

Para este supuesto contractual (concesión de obras públicas) concurren notas propias de la cesión del contrato, en tanto se da la subrogación parcial del contrato- respecto a la explotación de la concesión- con otras, características de la sucesión de empresas porque los adjudicatarios del contrato constituyen una nueva sociedad.

En todo caso, sólo cabría la cesión entre sociedades de una misma UTE si se dan los requisitos previstos en el artículo 226 del TRLCSP.

CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, esta Junta entiende que, si bien no es posible admitir la sucesión empresarial entre las empresas adjudicatarias al no producirse modificación estructural de las mercantiles, pues sus miembros constituidos en unión temporal de empresas, permanecen separados y esta UTE carece de personalidad jurídica; sí lo es la cesión del contrato en favor del socio de la UTE, en este caso, ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U., siempre que se cumplan las circunstancias previstas en el artículo 226 TRLCSP. Se trataría de una mera reorganización interna de la UTE y mantendría el cumplimiento del principio de responsabilidad solidaria de sus integrantes, sin vulnerar el principio de libre concurrencia empresarial a la licitación.