

17/12. CONSULTA SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES DE UNA DE LAS DOS EMPRESAS INTEGRANTES DE LA UTE ADJUDICATARIA DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO, CUANDO DICHA DECLARACIÓN SE PRODUCE ANTES DE LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO, [FO 1208-RRV (R-728-12)]

Consulta sobre los efectos de la declaración de concurso de acreedores de una de las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria de un contrato administrativo, cuando dicha declaración se produce antes de la formalización del contrato. Examen de la posibilidad de adjudicar el contrato a la empresa de la UTE no incura en prohibición de contratar ¹.

ANTECEDENTES

1.º Del relato de los hechos que la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento incluye en su propuesta de informe se desprende, en síntesis, que una Unión Temporal de Empresas (en adelante, U.T.E.) integrada por dos empresas, a las que denominaremos empresas A y B, ha concurrido a la licitación de tres contratos administrativos de los que, previos los trámites oportunos, ha resultado adjudicataria, siendo así que, antes de la formalización de los referidos contratos, la empresa A ha sido declarada en concurso de acreedores.

Los tres contratos de referencia se rigen, por razones temporales, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector Público (LCSP), en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de forma que su perfección tiene lugar mediante la formalización (artículo 27.1 de la LCSP, en la redacción dada por la citada Ley 34/2010).

Se indica también que la administración concursal de la empresa A ha comunicado al Ministerio de Fomento que, *«desde su experiencia (...) puede afirmar que la concursada alcanzará con éxito el referido convenio de acreedores»*, y que la empresa B ha solicitado al Ministerio de Fomento que formalice los contratos administrativos con la U.T.E adjudicataria.

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 6 de julio de 2012 (ref.: A.G Fomento 8/12). Ponente: doña Raquel Ramos Vallés

2.º A la vista de las anteriores circunstancias, el órgano de contratación del Ministerio de Fomento solicita informe sobre dos cuestiones:

– En primer lugar, sobre la posibilidad de que los contratos adjudicados se formalicen con la UTE adjudicataria, pese a haber sido declarada en concurso de acreedores una de las empresas que la integran.

– En segundo lugar, y en caso de que la respuesta a la anterior cuestión fuera negativa, si la empresa declarada en concurso puede retirar su oferta y renunciar a sus derechos en la licitación, de manera que puedan formalizarse los contratos con la otra empresa integrante de la UTE adjudicataria.

3.º En la propuesta de informe que se eleva a consulta la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento formula las siguientes conclusiones:

«Primera. La capacidad para contratar y la ausencia de prohibiciones de contratar deben reunirse no sólo al tiempo de presentar la oferta, sino en el momento en que se perfecciona el contrato; es decir, al tiempo de la formalización (artículo 27 LCSP). Por ello, no puede formalizarse el contrato adjudicado a una UTE si, después de la adjudicación y antes de la formalización, una de las empresas de la UTE ha sido declarada en concurso de acreedores y, por tanto, ha quedado incurso en prohibición de contratar.

Segunda.- En la situación descrita, si la empresa declarada en concurso retira su oferta, podría formalizarse el contrato con la otra empresa integrante de la UTE, en tanto ésta cumple por sí sola todos los requisitos de solvencia y en tanto mantiene la oferta inicial (precio y demás condiciones) que es la que, como oferta económicamente más ventajosa, ha determinado la adjudicación del contrato».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Este Centro Directivo comparte las conclusiones de la Abogacía del Estado consultante respecto de la primera de las cuestiones planteadas, esto es, respecto de la improcedencia de formalizar un contrato administrativo adjudicado a favor de una UTE cuando, entre la adjudicación y la formalización del contrato, una de las empresas integrantes de dicha UTE es declarada en concurso de acreedores.

Y ello por cuanto que, partiendo de la premisa de que las condiciones de capacidad para contratar y la ausencia de prohibiciones de contratar deben concurrir en el contratista no sólo en la licitación (momento de presentación de las ofertas), sino hasta la perfección del contrato administrativo (por todos, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 19/09, de 25 de septiembre), la declaración de concurso de acreedores constituye una prohibición para contratar con el sector público conforme al artículo 49.1.b) de la entonces vigente LCSP (actual artículo 60.1.b) del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sec-

tor Público (TRLCSPP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) que, además, se ha de apreciar directamente por los órganos de contratación (arts. 50.1 de la LCSP y 61.1 del vigente TRLCSPP). Resulta acreditado, en suma, que al tiempo de la formalización del contrato concurre en una de las empresas integrantes de la UTE una prohibición para contratar con la Administración, siendo así que la declaración de la administración concursal de la empresa A de que, a su juicio y según su experiencia, «la empresa concursada alcanzará un convenio con sus acreedores» carece de virtualidad a estos efectos, pues los preceptos citados [artículo 49.1.b) de la entonces vigente LCSP y, en el mismo sentido, artículo 60.1.b) del TRLCSPP] sólo excluyen la aplicación de la prohibición de contratar que se considera en el supuesto de que, en el concurso, «haya adquirido eficacia un convenio», lo que no consta que se haya producido. Y, perfeccionándose los contratos del sector público con su formalización (artículo 27.1 de la LCSP, en la redacción dada por la Ley 34/2010 y, en el mismo sentido, artículo 27.1 del vigente TRLCSPP), si la Administración formalizase (perfeccionándolo) un contrato con una UTE adjudicataria teniendo conocimiento, como es el caso, de que una de las dos empresas integrantes de la misma ha sido declarada en concurso de acreedores, estaría contratando con una empresa incurso en prohibición de contratar y, consecuentemente, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 49.1.b) de la LCSP [actual artículo 60.1.b) del TRLCSPP], lo que constituye causa de nulidad de derecho administrativo [artículo 32.b) de la LCSP y del TRLCSPP].

En consecuencia, procede concluir en este punto que la declaración de concurso de una de las empresas integrantes de una UTE adjudicataria de un contrato administrativo, después de la adjudicación del contrato y antes de su formalización, impide a la Administración contratante formalizar dicho contrato con la UTE adjudicataria.

II. Descartada la posibilidad de que los contratos administrativos de continua referencia puedan formalizarse con la UTE adjudicataria (por haber incurrido en prohibición de contratar una de las dos empresas que la integran), resta examinar si, previa renuncia de la empresa que ha sido declarada en concurso de acreedores, la Administración puede formalizar los contratos en cuestión con la empresa integrante de la UTE en quien no concurre ninguna prohibición de contratar.

La legislación sobre contratación administrativa no contiene una solución expresa a esta cuestión, que ha de resolverse por vía interpretativa, existiendo argumentos a favor de ambas soluciones.

Así, a favor de la tesis contraria a la formalización de los contratos con la empresa de la UTE que no está incurso en prohibición de contratar (empresa B), pueden apuntarse los siguientes argumentos:

– El artículo 48 de la LCSP y, en igual sentido, el artículo 59 del vigente TRLCSP, admiten la celebración de contratos con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria su formalización en escritura pública hasta la adjudicación del contrato, quedando dichos empresarios obligados solidariamente frente a la Administración. Podría entenderse que este vínculo de solidaridad constituye la esencia de la UTE, y una garantía adicional frente a la Administración que, en caso de incumplimiento contractual, puede reclamar indistintamente por el todo contra cualquiera de las empresas integrantes de la UTE.

– Todos los supuestos de alteración del elemento subjetivo del contratista regulados expresamente por el legislador (muerte del contratista persona física, fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de empresas, y cesión del contrato) tienen lugar en la fase de ejecución contractual, esto es, una vez perfeccionado el contrato, de donde podría deducirse que la falta de regulación expresa de un supuesto como el que se examina (alteración del elemento subjetivo del contratista antes de la formalización del contrato) impide su admisibilidad.

– Finalmente, si bien la UTE no tiene personalidad jurídica propia distinta de la de las empresas que la integran (artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de régimen fiscal de las agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional), constituye el único mecanismo que la legislación sobre contratación pública contempla para que varios empresarios puedan contratar y quedar obligados conjuntamente con la Administración en un solo contrato (informe de la JCCA 32/1998, de 30 de junio). Aunque las empresas integrantes de la UTE no hayan llegado a formalizar su unión temporal en escritura pública, lo cierto es que es la UTE, como tal, quien aparece como adjudicataria del contrato, por lo que formalizar el contrato únicamente con una de las dos empresas integrantes de la UTE que haya resultado adjudicataria (y no con la UTE como tal) supone una alteración de los términos subjetivos de la adjudicación.

A favor de la posibilidad de formalizar el contrato con la empresa no incurso en prohibición de contratar de la UTE adjudicataria, previa renuncia expresa de la empresa incurso en prohibición para contratar, cabe señalar los siguientes argumentos:

– Frente al argumento de la solidaridad, cabe señalar que la Administración dispondría de las mismas garantías que en cualquier otro contrato en caso de incumplimiento, al responder la empresa integrante de la UTE con la que finalmente se formalice el contrato con el mismo alcance y extensión que cualquier otro contratista de la Administración.

– Si bien es cierto que sólo mediante una UTE pueden dos o más empresas obligarse simultáneamente frente a la Administración en un mismo contrato, también es cierto que la legislación de contratos ha ido

flexibilizándose en este punto, admitiéndose expresamente la integración de la solvencia de los licitadores con medios externos (artículo 52 de la LCSP y 63 del TRLCSP), basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, y siempre que se demuestre que, para la ejecución del contrato, la empresa dispone efectivamente de esos medios. Ello pone de manifiesto que para el legislador lo relevante, por encima de criterios estrictamente formalistas, es la satisfacción del interés público al que responde la contratación, esto es, la completa y adecuada ejecución del contrato.

– Cabe igualmente argumentar que, si la legislación sobre contratación pública admite cambios en la persona del contratista durante la ejecución contractual –cuando el vínculo jurídico ya se ha perfeccionado–, y ello con el fin de garantizar el buen fin del contrato, con mayor motivo serán admisibles cambios subjetivos antes de la formalización del contrato si dichos cambios no afectan a los principios de publicidad y concurrencia. Y ninguna lesión de dichos principios se produce cuando, adjudicado el contrato a una UTE (carente de personalidad jurídica), por retirada involuntaria de una de las empresas que la componen el contrato se formaliza con la otra empresa de la UTE que formuló la oferta económica que, por ser más ventajosa para la Administración, dio lugar a la adjudicación del contrato.

– Frente al argumento de que esta segunda solución implica una alteración del término subjetivo del contratista (al ser adjudicataria la UTE como tal, y no una o varias de las empresas que la integran), cabe señalar que, como se ha indicado, la UTE no tiene personalidad jurídica propia ni constituye, por sí sola, y al margen de las concretas personas jurídicas que la integran, una figura dotada de capacidad jurídica de obrar diferenciada o autónoma.

– En definitiva, la Administración ha de valorar, en este punto, si el interés público que subyace en la contratación queda atendido de formalizarse el contrato con una de las dos empresas de la UTE adjudicataria. Esto será así, cuando dicha empresa:

a) reúna, por sí sola, todos los requisitos de capacidad y solvencia exigibles para la ejecución del contrato; y

b) mantenga íntegramente las condiciones económicas y técnicas de la oferta en su día presentada por la UTE adjudicataria, siendo este requisito fundamental, pues son precisamente esas condiciones las que permitieron a la Administración calificar la oferta como la «económicamente más ventajosa», a efectos de decidir la adjudicación del contrato a favor de la UTE de continua referencia.

Considera este Centro Directivo que la primera solución (contraria a la formalización del contrato con una de las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria), se fundamenta en un criterio formalista basado en la improcedencia de alterar estrictos términos subjetivos de la adjudicación

17/12 (recaída a favor de la UTE). Y que, frente a este criterio, la segunda solución permite el mantenimiento de la adjudicación a favor de la oferta económica que, por ser la más beneficiosa para la Administración, justificó la adjudicación del contrato, y si bien se produce, formalmente, una alteración de los términos subjetivos de la adjudicación, la formalización del contrato no se efectúa con un tercero ajeno a la adjudicación, sino con una de las dos empresas integrantes de la UTE, por retirada, se insiste, involuntaria de la otra, siendo así que la empresa A reúne por sí sola todas las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para la ejecución del contrato y que mantiene en sus exactos términos la oferta a favor de la que se decantó la adjudicación. Esta segunda solución, que atiende a la mejor satisfacción de las necesidades de interés público a las que responde el contrato, sin merma para los principios de publicidad y concurrencia, se entiende que ha de primar sobre la primera, pues en definitiva permite el mantenimiento de la adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa.

Efectivamente, formalizar el contrato con una empresa que, según el orden de clasificación de las ofertas, hubiera quedado clasificada en segundo lugar, inmediatamente después de la UTE adjudicataria, supone seleccionar una oferta que, necesariamente (por haber obtenido el segundo lugar en la clasificación), ha de ser menos ventajosa que la primera. Y ello es importante desde el momento en que el artículo 1 de la LCSP y, en igual sentido, el artículo 1 del TRLCSP, incluyen la «selección de la oferta económicamente más ventajosa» entre los principios básicos que informan la contratación del sector público.

Por ello, en la duda entre formalizar el contrato con una de las dos empresas de la UTE adjudicataria (que reúne por sí sola todas las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para la ejecución del contrato, que no está incurso en prohibiciones de contratar y que mantiene en sus exactos términos la oferta en su día formulada por la UTE –solución no prevista, pero tampoco prohibida por la ley–), o adjudicar y formalizar el contrato con la empresa que hubiera quedado clasificada en segundo lugar, por detrás de la UTE adjudicataria, considera este Centro Directivo que ha de optarse por lo primero, pues flaco favor se haría al interés público que subyace en la contratación si, por aplicación de un criterio formalista, el contrato terminara adjudicándose a una oferta que no fuera «la oferta económicamente más ventajosa».

Cabe añadir que, aunque no existe un criterio jurisprudencial reiterado y uniforme a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (Ar. 3426) avala la tesis que aquí se sostiene en un supuesto todavía más discutible que el que ahora se examina (en el que no existe retirada voluntaria de una de las empresas, sino concurrencia sobrevenida de una prohibición de contratar que afecta a la misma), permitiendo la adjudicación del contrato a una de las empresas de una UTE en caso de retirada voluntaria de la otra empresa integrante de la misma:

«Las razones que permiten la conclusión que acaba de adelantarse son las que siguen:

1) El régimen previsto en los preceptos anteriores, para que la Administración celebre contratos con agrupaciones temporales de empresarios que se constituyan al efecto, tiene como rasgo principal el de someter el vínculo que así surja a las reglas de las obligaciones solidarias.

Y esto lo que supone es que cada una de las personas jurídicas empresariales que integren la agrupación, por lo que hace a los derechos y obligaciones que hayan sido estipulados en el contrato para el contratista, ostentará frente a la Administración contratante la posición jurídica legalmente establecida para aquella clase de obligaciones (en los arts. 1137 y siguientes del Código Civil).

2) Ese es el efecto principal y sustantivo de la regulación contenida en esos artículos 10 de la LCE y 26 y 27 RGCE, y las demás prescripciones que en ellos se establecen han de ser entendidas con un carácter instrumental o subordinado en relación a dicho efecto principal.

Así: la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada empresario, como la de indicar sus nombres y circunstancias, es un requisito que resulta imprescindible para que pueda tener lugar el efecto que es propio de la solidaridad, y que consiste en la posibilidad de que la otra parte del contrato (en este caso la Administración) pueda exigir a cualquiera de los que se vinculó con carácter solidario el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato; y la designación de un representante único, con poderes bastantes para desarrollar la actuación que corresponde a cada uno de los solidariamente obligados, es una regla destinada a facilitar la relación entre éstos y la Administración contratante.

3) Lo anterior significa que esa agrupación de empresarios que aglutina a quienes aparecen en el contrato administrativo, con la posición de contratista, no es algo que pueda encarnar, frente a la Administración contratante, y al margen de las personas de sus componentes, un separado centro subjetivo de imputación de derechos y obligaciones.

Carece por ello de fundamento la idea que parece apuntar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico undécimo, de que las uniones temporales de empresas sean una figura que por sí sola, y, con independencia de las concretas personas de sus componentes, puedan ostentar una diferenciada o segregada capacidad jurídica de obrar para realizar los actos que requiera la dinámica del cumplimiento del contrato administrativo.

Y hay que subrayar que en esta línea de ideas se mueve la Ley 18/1982, de 26 de mayo, cuando dice: “Tendrán la consideración de Agrupaciones de Empresas las que se deriven de las distintas modalidades contractuales de colaboración entre empresarios (...) que sin crear un ente con personalidad jurídica propia sirvan para facilitar o desarrollar en común la actividad empresarial...” (artículo 4); y cuando

asimismo declara: “La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia” (artículo 7).

4) Tampoco la sentencia recurrida, fuera de los que se vienen mencionando, invoca precepto legal o reglamentario del que se derive esa consecuencia que aprecia: la prohibición de que la adjudicación del contrato se haga a uno de los empresarios que figuró como componente de la Agrupación que concurrió como licitadora, y cuando, como aquí aconteció, el otro o los otros componentes desistieron de su oferta.

A esa falta de invocación de una concreta norma prohibitiva ha de sumarse lo que vienen a alegar los dos recurrentes de casación: que la solución favorable a la adjudicación, que siguió el Ayuntamiento contratante, es la más conforme con el esquema de ideas que alimenta el principio de libre concurrencia que rige en la contratación administrativa. Y la razón de que así sea es que dicha solución aumenta las posibilidades de opción de la Administración a la hora de buscar una solución en relación a las necesidades o los intereses públicos que mediante la contratación se pretende atender.»

En consideración a todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado confirma el criterio de la Abogacía del Estado consultante y, en su virtud, formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. No procede la formalización de un contrato administrativo a favor de la UTE que hubiera resultado adjudicataria cuando, después de la adjudicación y antes de la formalización del contrato, una de las empresas integrantes de la UTE incurre en prohibición para contratar con la Administración, por haber sido declarada en concurso de acreedores.

Segunda. Por las razones expuestas en el fundamento jurídico segundo del presente informe, este Centro directivo considera jurídicamente admisible formalizar el contrato con la empresa de la UTE en quien no concurre prohibición de contratar, siempre y cuando dicha empresa reúna, por sí sola, todos los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para la ejecución del contrato y mantenga las mismas condiciones económicas y técnicas de la oferta en su día formulada por la UTE.