

Ref.: SUB/SCC/mvt
Asunto: Informe 9/2011

INFORME 9/2011, DE FECHA 27 DE MARZO DE 2012. PROHIBICIONES SE CONTRATAR Y PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS. CONCURSO DE ACREEDORES EN LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS. RESOLUCIÓN Y CESIÓN DE CONTRATOS.

ANTECEDENTES

En fecha 20 de diciembre, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe de la Universitat de València, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“La Universitat de València, mediante la técnica de los acuerdos marco, tiene seleccionados a un conjunto de siete empresas para la realización de obras de reforma, ampliación y mejora que se planteen entre 50.000 y 500.000 euros.

Previamente a la finalización del plazo de vigencia inicial de los acuerdos marco suscritos, de dos años, y considerando procedente la prórroga de los mismos por dos años más, la Universitat de València inició el correspondiente procedimiento para prorrogar la vigencia de los acuerdos, de conformidad con lo establecido en la cláusula 3 del pliego aplicable.

Durante el procedimiento seguido para formalizar las prórrogas se ha puesto de manifiesto que una empresa que forma parte de una de las uniones temporales de empresas adjudicatarias de los acuerdos marco, se encuentra actualmente declarada en concurso de acreedores, y además no se encuentra al corriente en sus pagos con la Seguridad Social.

Atendiendo a los antecedentes expuestos, se solicita la emisión de un informe acerca de las siguientes cuestiones

- *Necesidad de comprobar la inexistencia de prohibiciones para contratar en un procedimiento de prórroga de un contrato, o si por el contrario no es procedente este trámite al considerar que la inexistencia de prohibiciones para contratar ya fue comprobada cuando se resolvió la adjudicación inicial.*
- *Posibilidad de admitir como acreditación de que una unión temporal de empresas no está incurso en prohibiciones para contratar, documentación relativa a la propia unión temporal de empresas, o si por el contrario resulta necesario que todas y cada una de las empresas que forman parte de la unión temporal acrediten que no están incursas en prohibiciones para contratar. En este caso concreto se plantea la posibilidad de admitir un certificado acreditativo de que la unión temporal de empresas carece de deudas con la Seguridad Social, así como una declaración de la unión de que no está incurso en prohibiciones para contratar.*

- *¿Afecta de alguna manera la relación contractual que se mantiene con una unión temporal de empresas que una de las empresas que forma la unión sea declarada en concurso? Posible aplicación de la causa de resolución del . 206 b) de la LCSP, a la vista de los establecido en el 207.2.*
- *En el caso de que se considere que no puede prorrogarse el acuerdo marco con una unión temporal de empresas cuando una de las empresas que integra la unión esté incurso en prohibición para contratar, se plantea la posibilidad de continuar la relación contractual con la otra empresa de la unión temporal, mediante las figuras de la sucesión de contratista o de cesión del contrato de la unión temporal de empresas a una de las integrantes. En el caso de que se considere procedente alguna de estas posibilidades, se plantea la viabilidad de las mismas en el caso de que la vigencia inicial del acuerdo marco ya haya vencido.*

Le remitimos adjunto el pliego de cláusulas administrativas particulares aplicable a los acuerdos marco.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Atendiendo al momento de la contratación del acuerdo marco, procede resolver la presente consulta de acuerdo con la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP en adelante).

Son varias las cuestiones que plantea la Universitat de València por lo que responderemos separadamente a las mismas.

1.- Prórroga de los contratos y prohibiciones de contratar

El artículo 23 de la LCSP regula la duración de los contratos de manera que su lectura permite deducir los siguientes extremos:

- a) El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas. Por tanto, se trata de un elemento no sustancial del contrato dada su potestad de previsión y aún así, la incertidumbre de su aplicación.
- b) La concurrencia para la adjudicación del contrato ha de haber sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga Es decir, forman parte de la duración del contrato adjudicado, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.
- c) La prórroga de los contratos tiene en nuestra legislación contractual una naturaleza similar a la ampliación de plazo o mejor dicho a una “continuación del contrato con el contratista inicial”, siempre que evidentemente medien los requisitos previstos en la propia legislación y en el pliego de cláusulas administrativas. Como tal continuación, no podrán introducirse durante el período de prórroga modificaciones ni elementos sustanciales diferentes a los licitados y adjudicados que supongan la alteración del contrato estipulado, so pena de incumplir los principios básicos de la contratación pública.

Con ello quiere decirse que nuestra legislación en materia de contratos del sector público no extiende la prohibición de contratar al procedimiento de prórroga, dado que la misma



terminología empleada “para contratar” indica que, perfeccionado el contrato, cualquier incidencia posterior sobre el contratista que afecta al artículo 49 de la LCSP, hoy 60 del TRLCSP, no da lugar a que éste no pueda continuar su ejecución. Es decir, las llamadas prohibiciones de contratar sobrevenidas no son aplicables en este caso, salvo que tal supuesto se haya establecido expresamente en el pliego de cláusulas administrativas como causa de resolución del contrato.

A mayor abundamiento, el artículo 32 b) de la LCSP señala como causa de nulidad la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 de la LCSP, debiendo interpretarse este precepto restrictivamente y, por tanto, refiriéndose a la adjudicación que perfecciona el contrato que, a la vista del pliego remitido, era la adjudicación definitiva.

Dicho esto, nada impide, es más, debe exigirse el cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de seguridad social y fiscal en el procedimiento de prórroga, pero debe tenerse en cuenta que esto como condiciones impuestas al contratista de carácter general que, normalmente, se ven reforzadas por las normas de fiscalización previa de la contratación que rigen o puedan regir en cada administración u organismo.

En el supuesto sometido a examen de esta Junta, véase la cláusula 26.13 del pliego de cláusulas administrativas que rigen el acuerdo marco y sus contratos derivados, que alude a este cumplimiento general, pero no se estipula en ningún momento en las causas de resolución la prohibición de contratar sobrevenida ni durante la ejecución del contrato ni en la posible prórroga.

Por todo lo anteriormente expuesto esta Junta manifiesta que no procede la aplicación de las prohibiciones de contratar una vez perfeccionado el contrato salvo que el pliego de cláusulas administrativas disponga expresamente la prohibición de contratar sobrevenida como causa de resolución, extremo este que se extiende a la prórroga de los contratos.

2.- Posibilidad de admitir que una unión temporal de empresas (UTE) no está como tal incurso en prohibiciones para contratar, o si por el contrario resulta necesario que todas y cada una de las empresas que forman parte de la unión temporal acrediten que no están incursas en prohibiciones para contratar. Posibilidad de admitir un certificado acreditativo de que la unión temporal de empresas carece de deudas con la Seguridad Social, así como una declaración de la unión de que no está incurso en prohibiciones para contratar.

Las prohibiciones de contratar, como hemos indicado, lo son para poder acceder a contratos y, por tanto, en el momento de la licitación lo que presentan las empresas es una oferta conjunta con el compromiso de formar una UTE en caso de resultar dicha oferta la seleccionada, por lo que en principio las prohibiciones afectan individualmente a cada una de las empresas que ofertan conjuntamente, de manera que la prohibición constatada de una de ellas haría inviable la continuación del procedimiento a todas las empresas que presentan dicha oferta.

En el caso que nos ocupa, visto todo lo anteriormente señalado y resuelta la primera de las cuestiones que plantea la Universitat, relacionada con la prórroga y el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social, si la UTE ha contratado personal ajeno a sus empresas y a nombre de ella, las obligaciones de dicha Unión serán las propias de cualquier empleador, comenzando por el Alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social, abono de salarios y cotizaciones, mas todas aquéllas otras, subsidiarias y comunes a esta

situación. Las responsabilidades por estas cuestiones serán de carácter solidario. Ahora bien, distinto es si los trabajadores pertenecen a las empresas que conforman la Unión Temporal, en cuyo caso el carácter de empleador lo tendrá cada empresa respecto de sus trabajadores debiendo cumplir por separado cada una con sus obligaciones. Por tanto, respecto a la consulta que formula la Univesitat de València, la UTE sólo podrá acreditar el cumplimiento respecto de los trabajadores contratados a nombre de la UTE y en su respectiva cuenta de cotización, sin perjuicio de que la responsabilidad solidaria afecte o no respecto de los trabajadores de cada empresa adscritos al contrato, en función de lo establecido en los propios estatutos o pactos de la UTE.

No obstante no siendo este el órgano con competencias en materia de Seguridad Social, el órgano consultante puede dirigirse al órgano competente.

3.- ¿Afecta de alguna manera la relación contractual que se mantiene con una unión temporal de empresas que una de las empresas que forma la unión sea declarada en concurso? Posible aplicación de la causa de resolución del art. 206 b) de la LCSP, a la vista de lo establecido en el artículo 207.2. Posibles actuaciones: resolución, cesión o sucesión de empresa

En primer lugar debemos indicar que la mera declaración de concurso es causa de resolución potestativa por la Administración en los contratos administrativos, dado que la declaración de concurso no impide al contratista continuar con su actividad empresarial pudiendo el contratista garantizar la continuidad de la prestación, y más siendo una UTE donde la responsabilidad en la ejecución del contrato es solidaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207.5 de la LCSP. La resolución del contrato será obligatoria en caso de insolvencia en cualquier procedimiento y en el caso concreto de concurso de acreedores cuando se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

Desde el punto de vista de la resolución potestativa del contrato, entendemos que, si se garantiza la correcta ejecución de la obra, no hay motivo alguno para resolver el contrato. Ahora bien cuando la resolución es obligatoria por la apertura de la fase de liquidación, podemos encontrarnos con un problema ante los miembros de la UTE que no se hallan en esa situación. Recordemos que las UTEs no tiene personalidad jurídica y sólo *ex lege* se admiten estas uniones sin personalidad para ser contratistas y adjudicatarias de contratos, y evidentemente la responsabilidad solidaria debe hacer cumplir el contrato hasta el final porque sólo se extingue la UTE cuando finalice el contrato, es decir, con la liquidación del mismo y la devolución de la garantía.

Tales uniones, confirmaba el Tribunal Supremo en STS de 11 de mayo de 2005, según señala el artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, “constituyen un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, y carecen de personalidad jurídica propia. Sin embargo, ello no les impide actuar como tal comunidad y concretamente contratar con la Administración, capacidad que se les reconocía expresamente en el artículo 24 de la Ley 13/95, sin que fuera necesaria su formalización en escritura pública hasta que se hubiera efectuado la adjudicación a su favor. Esas características de configuración jurídica de las uniones temporales, determinan que la Ley incida en su régimen jurídico y, al margen de las estipulaciones derivadas de la voluntad de las partes, establezca los requisitos de funcionamiento y se refuerce su responsabilidad en los negocios que realicen. A tal efecto y por lo que aquí interesa el artículo 8.e).8 de la citada Ley 18/82, dispone que la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, será siempre solidaria e ilimitada para sus miembros, y ya de forma específica en materia de contratación administrativa, la Ley 13/1995 establece en su artículo 24, que dichos empresarios quedarán



obligados solidariamente ante la Administración en el cumplimiento de las obligaciones que deriven del contrato hasta su extinción.”

Esta regulación se ha mantenido invariable en las sucesivas normas que regulan los contratos de las administraciones públicas y del Sector Público.

Alguna respuesta de la Jurisprudencia podemos referir también, si bien en relación a la legislación sobre insolvencias anterior a la Ley Concursal y parece 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 (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2000):

“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 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. Con ello respondemos a la última de las cuestiones planteadas por la Universitat de València.

Teniendo en cuenta que no nos hallamos ante una prohibición de contratar por todo lo expuesto a lo largo del presente informe, plantea el organismo consultante la posibilidad de la cesión del contrato al resto de los miembros de la UTE. Lo cual es de todo punto factible a la vista de la legislación de contratos del Sector público y de la Jurisprudencia comunitaria; siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente impuestos y sobre todo que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado, y además, no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

Indicar que por Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, se introdujo una modificación en el art. 209 de la entonces LCSP, para propiciar la cesión de empresas en concurso de manera que el requisito que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento 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.

En este punto la jurisprudencia comunitaria, concretamente la STJUE en el asunto C-454/06, Priesetext Nachrichtenagentur GmbH, de 19 de junio de 2008, hace unas consideraciones importantes que debemos tener en cuenta. Según el Tribunal, con carácter general, *“debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los*

términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata?

A lo largo de la Sentencia que da claro que no obstante, una transferencia de la actividad en cuestión que presenta ciertas características particulares que permiten llegar a la conclusión de que tales modificaciones no constituyen el cambio de un término esencial del contrato, sino en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.

Dice expresamente el Tribunal “*Se aplican consideraciones análogas en el marco de contratos públicos adjudicados a personas jurídicas como en el asunto principal, no en forma de sociedad anónima, sino en forma de cooperativa registrada de responsabilidad limitada. Cambios eventuales en la composición del círculo de socios de tal cooperativa no suponen en principio una modificación sustancial del contrato adjudicado a ésta*”.

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 jurisprudencial 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.

No obstante todo lo anteriormente expuesto queremos hacer hincapié en la situación concursal de uno de los miembros de la UTE, dado el hecho de que las facultades de administración de la empresa declarada en concurso hayan sido intervenidas por la administración concursal designada al efecto. Una posible cesión de contrato, aunque coherente con la legislación de contratos del sector público, y la propia ley concursal al afirmar que los contratos “administrativos” de las “Administraciones públicas” se registrarán por su legislación específica, podría crear una apariencia de fraude de ley respecto a los acreedores de la empresa en cuestión. Por lo que la Universitat de València debería en todo caso proponer las medidas que crea necesarias para la buena marcha del contrato a la administración concursal, en aras a hacer compatible la legislación de contratos con la situación concursal y, por ende, con la legislación concursal.

En cuanto a la posibilidad de sucesión en la persona del contratista el precepto de la LCSP art. 202.4 al tiempo de la presente contratación, modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible mediante la introducción del art. 73 bis, y actualmente art. 85 del TRLCSP, viene referido a otros supuestos:

- 1.- Fusión de empresas en las 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
- 2.- 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 aquélla 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.

En este punto entendemos que ante la consulta formulada por la Universitat de València no estamos ante los supuestos revistos en la LCSP.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La legislación en materia de contratos del sector público no extiende la prohibición de contratar a la prórroga de los contratos. El cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la seguridad social en el procedimiento de prórroga derivará del cumplimiento general de estas obligaciones impuestas por los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

SEGUNDA.- La UTE sólo podría acreditar el cumplimiento en materia de seguridad social respecto de los trabajadores contratados a nombre de la UTE y en su correspondiente cuenta de cotización, sin perjuicio de que la responsabilidad solidaria afecte o no respecto de los trabajadores de cada empresa adscritos al contrato, en función de lo establecido en los propios estatutos o pactos de la UTE.

TERCERA.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 207.5 de la LCSP, la declaración de concurso es causa de resolución potestativa para la Administración, dado que no impide al contratista continuar con su actividad empresarial, pudiendo garantizar la continuidad de la prestación, y más siendo una UTE cuando la responsabilidad en la ejecución del contrato es solidaria. La resolución del contrato será obligatoria en caso de insolvencia en cualquier procedimiento y en el caso concreto de concurso de acreedores la apertura de la fase de liquidación.

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.

CUARTA.- La posibilidad de la cesión del contrato al resto de los miembros de la UTE es factible siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente impuestos y sobre todo que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Además, no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato. La introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los

términos del contrato inicial. Se aplican consideraciones análogas en el marco de contratos públicos adjudicados a personas jurídicas cuando se tratan de meras reorganizaciones internas, habida cuenta que la persona jurídica en concreto participó en un procedimiento de licitación previo. Cambios eventuales en la composición no suponen en principio una modificación sustancial del contrato adjudicado.

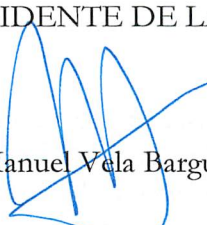
QUINTA .- No obstante todo lo anteriormente expuesto queremos hacer hincapié en la situación concursal de uno de los miembros de la UTE dado el hecho de que las facultades de administración de la empresa declarada en concurso hayan sido intervenidas por la administración concursal designada al efecto. Una posible cesión de contrato, aunque coherente con la legislación de contratos del sector público, y la propia ley concursal al afirmar que los contratos “administrativos” de las “Administraciones públicas” se regirán por su legislación específica, podría crear una apariencia de fraude de ley respecto a los acreedores de la empresa en cuestión. Por lo que la Universitat de València debería en todo caso proponer las medidas que crea necesarias para la buena marcha del contrato a la administración concursal, en aras a hacer compatible la legislación de contratos con la situación concursal y, por ende, con la legislación concursal.


El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso

LA SECRETARIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres



Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA

José Manuel Vela Bargues



APROBADO POR LA JUNTA
SUPERIOR DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA, en fecha 27 de marzo
de 2012