

INFORME 9/2011, DE 27 DE MARÇ DE 2012. PROHIBICIONS DE CONTRACTAR I PRÒRROGA DELS CONTRACTES. CONCURS DE CREDITORS EN LES UNIONS TEMPORALS D'EMPRESSES. RESOLUCIÓ I CESSIÓ DE CONTRACTES.

ANTECEDENTS

En data 20 de desembre, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de la Universitat de València, de conformitat amb el que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 31 de maig, amb el següent tenor literal:

“La Universitat de València, per mitjà de la tècnica dels acords marc, ha seleccionat un conjunt de set empreses per a la realització d'obres de reforma, ampliació i millora que es plantegen entre 50.000 i 500.000 euros.

Prèviament a la finalització del termini de vigència inicial dels acords marc subscrits, de dos anys, i considerant procedent la pròrroga d'estos per dos anys més, la Universitat de València va iniciar el corresponent procediment per a prorrogar la vigència dels acords, de conformitat amb el que estableix la clàusula 3 del plec aplicable.

Durant el procediment seguit per a formalitzar les pròrrogues, s'ha posat de manifest que una empresa que forma part d'una de les unions temporals d'empreses adjudicatàries dels acords marc es troba actualment declarada en concurs de creditors i, a més, no es troba al corrent en els seus pagaments amb la Seguretat Social

Atenent els antecedents exposats, se sol·licita l'emissió d'un informe sobre les següents qüestions

- *Necessitat de comprovar la inexistència de prohibicions per a contractar en un procediment de pròrroga d'un contracte, o si al contrari no és procedent este tràmit en considerar que la inexistència de prohibicions per a contractar ja va ser comprovada quan es va resoldre l'adjudicació inicial.*
- *Possibilitat d'admetre com a acreditació que una unió temporal d'empreses no està incursa en prohibicions per a contractar, documentació relativa a la mateixa unió temporal d'empreses o, si al contrari, és necessari que totes i cada una de les empreses que formen part de la unió temporal acrediten que no estan incurses en prohibicions per a contractar. En este cas concret es planteja la possibilitat d'admetre un certificat acreditatiu que la unió temporal d'empreses no té deutes amb la Seguretat Social, així com una declaració de la unió que no està incursa en prohibicions per a contractar.*
- *Afecta d'alguna manera la relació contractual que es manté amb una unió temporal d'empreses que una de les empreses que forma la unió siga declarada en concurs? Possible aplicació de la causa de resolució del 206 b) de la LCSP, a la vista del que s'estableix en el 207.2.*

- *En el cas que es considere que no pot prorrogar-se l'acord marc amb una unió temporal d'empreses quan una de les empreses que integra la unió estiga incursa en prohibició per a contractar, es planteja la possibilitat de continuar la relació contractual amb l'altra empresa de la unió temporal, per mitjà de les figures de la successió de contractista o de cessió del contracte de la unió temporal d'empreses a una de les integrants. En el cas que es considere procedent alguna d'estes possibilitats, es planteja la viabilitat d'estes en el cas que la vigència inicial de l'acord marc ja haja vençut.*

Li remetem, adjunt, el plec de clàusules administratives particulars aplicable als acords marc.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Atenent el moment de la contractació de l'acord marc, és procedent resoldre la present consulta d'acord amb la Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (LCSP d'ara en avant).

Són diverses les qüestions que planteja la Universitat de València per la qual cosa les respondrem separadament.

1. Pròrroga dels contractes i prohibicions de contractar

L'article 23 de la LCSP regula la duració dels contractes de manera que la seua lectura permet deduir els punts següents :

a) El contracte podrà preveure una pròrroga o diverses pròrrogues sempre que les seues característiques romanguen inalterables durant el període de duració d'estes. Per tant, es tracta d'un element no substancial del contracte donada la seua potestat de previsió i encara així, la incertesa de la seua aplicació.

b) La concurrència per a l'adjudicació del contracte ha d'haver sigut realitzada tenint en compte la duració màxima del contracte, inclosos els períodes de pròrroga. És a dir, formen part de la duració del contracte adjudicat, amb les excepcions indicades en l'apartat anterior.

c) La pròrroga dels contractes té en la nostra legislació contractual una naturalesa semblant a l'ampliació de termini o millor dit a una “continuació del contracte amb el contractista inicial”, sempre que evidentment hi haja els requisits previstos en la mateixa legislació i en el plec de clàusules administratives. Com a tal continuació, no podran introduir-se durant el període de pròrroga modificacions ni elements substancials diferents dels licitats i adjudicats que suposen l'alteració del contracte estipulat, sota pena d'incomplir els principis bàsics de la contractació pública.

Amb això es vol dir que la nostra legislació en matèria de contractes del sector públic no estén la prohibició de contractar al procediment de pròrroga, atés que la mateixa terminologia utilitzada “per a contractar” indica que, perfeccionat el contracte, qualsevol incidència posterior sobre el contractista que afecta l'article 49 de la LCSP, hui 60 del TRLCSP, no dóna lloc que este no puga continuar la seua execució. És a dir, les anomenades prohibicions de contractar sobrevingudes no són aplicables en este cas, llevat que tal supòsit s'haja establert expressament en el plec de clàusules administratives com a causa de resolució del contracte.

Amb més motiu, l'article 32 b) de la LCSP assenjala com a causa de nul·litat la falta de capacitat d'obrar o de solvència econòmica, financera, tècnica o professional, degudament acreditada, de l'adjudicatari, o estar este incurs en alguna de les prohibicions per a contractar assenyalades en l'article 49 de la LCSP, i s'ha d'interpretar este precepte restrictivament i, per tant, referint-se a l'adjudicació que perfecciona el contracte que, a la vista del plec remés, era l'adjudicació definitiva.

Dit açò, res no impedit, és més, s'ha d'exigir el compliment de les obligacions imposades en matèria de seguretat social i fiscal en el procediment de pròrroga, però s'ha de tindre en compte que açò com a condicions imposades al contractista de caràcter general que, normalment, es veuen reforçades per les normes de fiscalització prèvia de la contractació que regixen o puguen regir en cada administració o organisme.

En el supòsit sotmés a examen d'esta Junta, cal veure la clàusula 26.13 del plec de clàusules administratives que regixen l'acord marc i els seus contractes derivats, que al·ludix a este compliment general, però no s'estipula en cap moment en les causes de resolució la prohibició de contractar sobrevinguda ni durant l'execució del contracte ni en la possible pròrroga.

Per tot l'anteriorment exposat esta Junta manifesta que no és procedent l'aplicació de les prohibicions de contractar una vegada perfeccionat el contracte llevat que el plec de clàusules administratives dispose expressament la prohibició de contractar sobrevinguda com a causa de resolució, extrem este que s'estén a la pròrroga dels contractes.

2. Possibilitat d'admetre que una unió temporal d'empreses (UTE) no està com a tal incursa en prohibicions per a contractar, o si al contrari és necessari que totes i cada una de les empreses que formen part de la unió temporal acrediten que no estan incurses en prohibicions per a contractar. Possibilitat d'admetre un certificat acreditatiu que la unió temporal d'empreses no té deutes amb la Seguretat Social, així com una declaració de la unió que no està incursa en prohibicions per a contractar.

Les prohibicions de contractar, com hem indicat, ho són per a poder accedir a contractes i, per tant, en el moment de la licitació el que presenten les empreses és una oferta conjunta amb el compromís de formar una UTE en cas de ser l'oferta esmentada l'oferta seleccionada, per la qual cosa en principi les prohibicions afecten individualment cada una de les empreses que oferixen conjuntament, de manera que la prohibició constatada d'una d'estes faria inviable la continuació del procediment a totes l'empreses que presenten la dita oferta.

En el cas que ens ocupa, vist tot l'anteriorment assenyalat i resolta la primera de les qüestions que planteja la Universitat, relacionada amb la pròrroga i el compliment de les obligacions en matèria de seguretat social, si la UTE ha contractat personal alié a les seues empreses i a nom d'esta, les obligacions de la dita Unió seran les pròpies de qualsevol ocupador, començant per l'Alta en el Règim corresponent de la Seguretat Social, pagament de salaris i cotitzacions, més totes aquelles altres, subsidiàries i comunes a esta situació. Les responsabilitats per estes qüestions seran de caràcter solidari. Ara bé, distint és si els treballadors pertanyen a les empreses que conformen la Unió Temporal, i en este cas el caràcter d'ocupador el tindrà cada empresa respecte dels seus treballadors havent de complir per separat cada una les seues obligacions. Per tant, respecte a la consulta que formula la Universitat de València, la UTE només podrà acreditar el compliment respecte dels treballadors contractats a nom de la UTE i en el seu respectiu compte de cotització, sense perjuí que la responsabilitat solidària afecte o no respecte dels treballadors de cada

empresa adscrits al contracte, en funció del que estableixen els mateixos estatuts o pactes de la UTE.

No obstant això, atès que no és este l'òrgan amb competències en matèria de Seguretat Social, l'òrgan consultant pot dirigir-se a l'òrgan competent.

3. Afecta d'alguna manera la relació contractual que es manté amb una unió temporal d'empreses que una de les empreses que forma la unió siga declarada en concurs? Possible aplicació de la causa de resolució de l'article 206 b) de la LCSP a la vista del que estableix en l'article 207.2. Possibles actuacions: resolució, cessió o successió d'empresa.

En primer lloc, hem d'indicar que la mera declaració de concurs és causa de resolució potestativa per l'administració en els contractes administratius, atès que la declaració de concurs no impedeix al contractista continuar la seua activitat empresarial i el contractista pot garantir la continuïtat de la prestació, i més sent una UTE on la responsabilitat en l'execució del contracte és solidària, d'acord amb el que disposa l'article 207.5 de la LCSP. La resolució del contracte serà obligatòria en cas d'insolvència en qualsevol procediment i en el cas concret de concurs de creditors quan s'haja produït l'obertura de la fase de liquidació.

Des del punt de vista de la resolució potestativa del contracte, entenem que, si es garanteix la correcta execució de l'obra, no hi ha cap motiu per a resoldre el contracte. Ara bé quan la resolució és obligatòria per l'obertura de la fase de liquidació, podem trobar-nos amb un problema davant dels membres de la UTE que no es troben en eixa situació. Recordem que les UTE no té personalitat jurídica i només *ex lege* s'admeten estes unions sense personalitat per a ser contractistes i adjudicatàries de contractes, i evidentment la responsabilitat solidària ha de fer complir el contracte fins al final perquè només s'extingix la UTE quan finalitze el contracte, és a dir, amb la liquidació d'este i la devolució de la garantia.

Tals unions, confirmava el Tribunal Suprem en STS d'11 de maig de 2005, segons assenyala l'article 7 de la Llei 18/1982, de 26 de maig, "*constituïxen un sistema de col·laboració entre empresaris per un temps cert, determinat o indeterminat, per al desenrotllament o execució d'una obra, servici o subministrament, i no tenen personalitat jurídica pròpia. Tanmateix, això no els impedeix actuar com a tal comunitat i concretament contractar amb l'administració, capacitat que se'ls reconeixia expressament en l'article 24 de la Llei 13/95, sense que fóra necessària la seua formalització en escriptura pública fins que s'haguera efectuat l'adjudicació a favor seu. Eixes característiques de configuració jurídica de les unions temporals determinen que la llei incidisca en el seu règim jurídic i, al marge de les estipulacions derivades de la voluntat de les parts, estableixca els requisits de funcionament i es reforçe la seua responsabilitat en els negocis que realitzen. A este efecte i pel que ací interessa l'article 8.e).8 de l'esmentada Llei 18/82 disposa que la responsabilitat davant de tercers pels actes i operacions en benefici del comú serà sempre solidària i il·limitada per als seus membres, i ja de forma específica en matèria de contractació administrativa, la Llei 13/1995 estableix en l'article 24 que dites empresàries quedaran*

obligats solidàriament davant de l'administració en el compliment de les obligacions que deriven del contracte fins a la seua extinció."

Esta regulació s'ha mantingut invariable en les successives normes que regulen els contractes de les administracions públiques i del sector públic.

Alguna resposta de la jurisprudència podem referir també, si bé amb relació a la legislació sobre insolvències anterior a la llei concursal i pareix decantar-se per entendre que la

declaració de concurs d'un dels integrants de la UTE no és causa de resolució del contracte, en la mesura que els membres de la UTE no són pròpiament el contractista o adjudicatari del contracte, sinó que ho és la UTE (Sentència de l'Audiència Nacional de 23 de març de 2000):

“Pel que fa a la primera al·legació la seua desestimació succeïx basant-se en les raons següents: de les dades fàctiques aportades al procés, i que s'expressen en el primer antecedent de fet d'esta sentència, apareix que l'adjudicatària de l'obra va ser la Unió Temporal d'Empreses formada per dos companyies constructores, per la qual cosa la suspensió de pagaments, a què va esdevindre una d'estes, no té virtualitat jurídica, ja que, d'una banda, esta situació concursal es presenta per una sola de les persones jurídiques que constituïen el subjecte jurídic obligat, com a adjudicatari, a executar l'obra contractada.

En estos casos entenem que si bé poden adoptar-se solucions intermèdies per a no crear perjudicis a l'administració contractant ni a les empreses que, formant part de la UTE, es troben en situació de continuar el contracte. Amb això responem a l'última de les qüestions plantejades per la Universitat de València.

Tenint en compte que no ens trobem davant d'una prohibició de contractar per tot allò que s'ha exposat al llarg del present informe, planteja l'organisme consultant la possibilitat de la cessió del contracte a la resta dels membres de la UTE. La qual cosa és totalment factible a la vista de la legislació de contractes del sector públic i de la jurisprudència comunitària, sempre que es complisquen els requisits legalment imposats i sobretot que les qualitats tècniques o personals del cedent no hagen sigut raó determinant de l'adjudicació del contracte i de la cessió no resulte una restricció efectiva de la competència en el mercat i, a més, no podrà autoritzar-se la cessió a un tercer quan esta supose una alteració substancial de les característiques del contractista si estes constituïxen un element essencial del contracte.

Indicar que per Reial Decret Llei 6/2010, de 9 d'abril, de mesures per a l'impuls de la recuperació econòmica i l'ocupació, es va introduir una modificació en l'article 209 de la Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP), per a afavorir la cessió d'empreses en concurs de manera que el requisit que el cedent haja executat almenys un 20 per cent de l'import del contracte o, quan es tracte de la gestió de servici públic, que haja efectuat la seua explotació durant almenys una quinta part del termini de duració del contracte, no serà aplicable este requisit si la cessió es produïx trobant-se l'adjudicatari en concurs encara que s'haja obert la fase de liquidació.

En este punt la jurisprudència comunitària, concretament la STJUE en l'assumpte C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH, de 19 de juny de 2008, fa unes consideracions importants que hem de tindre en compte. Segons el Tribunal, amb caràcter general, *“ha de considerar-se que la introducció d'una nova part contractant en substitució d'aquella a què l'entitat adjudicadora havia adjudicat inicialment el contracte constituïx un canvi d'un dels termes essencials del contracte públic de què es tracte, llevat que esta substitució estiguera prevista en els termes del contracte inicial, per exemple, com una subcontracta”*

Al llarg de la Sentència que aclarix que, no obstant això, una transferència de l'activitat en qüestió que presenta certes característiques particulars que permeten arribar a la conclusió que tals modificacions no constituïxen el canvi d'un terme essencial del contracte, fals en essència, una reorganització interna de l'altra part contractant, que no modifica de manera essencial els termes del contracte inicial.

Diu expressament el Tribunal *“ S'apliquen consideracions anàlogues en el marc de contractes públics adjudicats a persones jurídiques com en l'assumpte principal, no en forma de societat anònima, sinó en*

forma de cooperativa registrada de responsabilitat limitada. Canvis eventuals en la composició del cercle de socis de tal cooperativa no suposen en principi una modificació substancial del contracte adjudicat a esta”.

Per tant quan es tracten de meres reorganitzacions internes, tenint en compte que la persona jurídica en concret va participar en un procediment de licitació previ, els canvis eventuals en la composició no suposen en principi una modificació substancial del contracte adjudicat.

Esta resposta jurisprudencial seria aplicable a la UTE afectada per la situació concursal d'un dels seus membres, ja que els motius que conduïxen a la cessió no restringixen ni la lliure competència ni suposen una alteració substancial del contracte, sinó que es deuria a una reorganització interna en les parts que continuen l'execució per mitjà de la cessió del contracte, que òbviament haurien de procedir a una reestructuració important (percentatge de participació, gerència...) i que van ser partícips del procediment selectiu previ de contractació.

No obstant tot el que anteriorment s'ha exposat, volem remarcar la situació concursal d'un dels membres de la UTE, donat el fet que les facultats d'administració de l'empresa declarada en concurs hagen sigut intervingudes per l'administració concursal designada a este efecte. Una possible cessió de contracte, encara que coherent amb la legislació de contractes del sector públic, i la mateixa llei concursal en afirmar que els contractes “administratius” de les “administracions públiques” es regiran per la seua legislació específica podria crear una aparença de frau de llei respecte als creditors de l'empresa en qüestió. Per la qual cosa la Universitat de València hauria de proposar, en tot cas, les mesures que crega necessàries per a la bona marxa del contracte a l'administració concursal, a fi de fer compatible la legislació de contractes amb la situació concursal i, per tant, amb la legislació concursal.

Quant a la possibilitat de successió en la persona del contractista el precepte de la LCSP article 202.4 al temps de la present contractació, modificat per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible per mitjà de la introducció de l'article 73 bis, i actualment l'article 85 del TRLCSP, està referit a altres supòsits:

1. Fusió d'empreses en què participe la societat contractista: continuarà el contracte vigent amb l'entitat absorbent o amb la resultant de la fusió, que quedarà subrogada en tots els drets i obligacions que en dimanen
2. Escissió, aportació o transmissió d'empreses o branques d'activitat d'estes, continuarà el contracte amb l'entitat a què s'atribuïska el contracte, que quedarà subrogada en els drets i obligacions que en dimanen, sempre que tinga la solvència exigida en acordar-se l'adjudicació o que les diverses societats beneficiàries de les mencionades operacions i, en cas de subsistir, la societat de què provenguen el patrimoni, empreses o branques segregades es responsabilitzen solidàriament amb aquella de l'execució del contracte.

Si no poguera produir-se la subrogació per no tindre l'entitat a què s'atribuïska el contracte les condicions de solvència necessàries es resoldrà el contracte, i es considerarà a tots els efectes com un supòsit de resolució per culpa de l'adjudicatari.

En este punt entenem que davant de la consulta formulada per la Universitat de València no estem davant dels supòsits revistos en la LCSP.

CONCLUSIONS

Primera. La legislació en matèria de contractes del sector públic no estén la prohibició de contractar a la pròrroga dels contractes. El compliment de les obligacions tributàries i amb la seguretat social en el procediment de pròrroga derivarà del compliment general d'estes obligacions imposades pels plecs de clàusules administratives particulars.

Segona. La UTE només podria acreditar el compliment en matèria de seguretat social respecte dels treballadors contractats a nom de la UTE i en el corresponent compte de cotització, sense perjuí que la responsabilitat solidària afecte o no respecte dels treballadors de cada empresa adscrits al contracte, d'acord amb el que estableixen els mateixos estatuts o pactes de la UTE.

Tercera. D'acord amb el que disposa l'article 207.5 de la LCSP, la declaració de concurs és causa de resolució potestativa per a l'administració, atés que no impedisca al contractista continuar la seua activitat empresarial i pot garantir la continuïtat de la prestació, i més sent una UTE quan la responsabilitat en l'execució del contracte és solidària. La resolució del contracte serà obligatòria en cas d'insolvència en qualsevol procediment i en el cas concret de concurs de creditors l'obertura de la fase de liquidació.

Les escasses resolucions judicials disponibles, referides a la legislació sobre insolvències anterior a la llei concursal, pareixen decantar-se per entendre que la declaració de concurs d'un dels integrants de la UTE no és causa de resolució del contracte, en la mesura que els membres de la UTE no són pròpiament el contractista o adjudicatari del contracte, sinó que ho és la UTE.

Quarta. La possibilitat de la cessió del contracte a la resta dels membres de la UTE és factible sempre que es complisquen els requisits legalment imposats i sobretot que les qualitats tècniques o personals del cedent no hagen sigut raó determinant de l'adjudicació del contracte i de la cessió no resulte una restricció efectiva de la competència en el mercat. A més, no podrà autoritzar-se la cessió a un tercer quan esta supose una alteració substancial de les característiques del contractista si estes constitueixen un element essencial del contracte. La introducció d'una nova part contractant en substitució d'aquella a què l'entitat adjudicadora havia adjudicat inicialment el contracte constitueix un canvi d'un dels termes essencials del contracte públic de què es tracte, a menys que esta substitució estiguera prevista en els termes del contracte inicial. S'apliquen consideracions anàlogues en el marc de contractes públics adjudicats a persones jurídiques quan es tracten de meres reorganitzacions internes, tenint en compte que la persona jurídica en concret va participar en un procediment de licitació previ. Canvis eventuals en la composició no suposen en principi una modificació substancial del contracte adjudicat.

Quinta. No obstant tot el que anteriorment s'ha exposat, volem remarcar en la situació concursal d'un dels membres de la UTE donat el fet de que les facultats d'administració de l'empresa declarada en concurs hagen sigut intervingudes per l'administració concursal designada a este efecte. Una possible cessió de contracte, encara que coherent amb la legislació de contractes del sector públic, i la mateixa llei concursal en afirmar que els contractes "administratius" de les "administracions públiques" es regiran per la seua legislació específica, podria crear una aparença de frau de llei respecte als creditors de l'empresa en qüestió. Per la qual cosa la Universitat de València hauria de proposar, en tot cas, les mesures que crega necessàries per a la bona marxa del contracte a l'administració concursal, a fi de fer compatible la legislació de contractes amb la situació concursal i, per tant, amb la legislació concursal.

El present informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

La secretària de la Junta

Margarita Vento Torres

Vist i plau
El president de la Junta

José Manuel Vela BARGUES

*Aprobat per la Junta Superior de Contractació
Administrativa, en data 27 de març de 2012*