

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA**  
**GRADO EN DERECHO**

.....

**Las Uniones Temporales de Empresas en la  
contratación pública**

**Santiago Alenza Carro**

**DIRECTOR / ZUZENDARIA**

**Rafael Lara González**

**Pamplona / Iruñea**

**07 de abril de 2022**

**RESUMEN:** Este estudio se centra en las Uniones Temporales de Empresas y las peculiaridades que presenta en la contratación pública. El empleo de esta colaboración empresarial en la práctica es muy común debido a las ventajas que ofrece. Primeramente analizo el concepto de UTE, sus características y peculiaridades mercantiles y la distingo de otras figuras semejantes. Este primer análisis es importante para conocer el régimen de las uniones temporales y abordar, en segundo lugar, las cuestiones problemáticas que pueden surgir en el ámbito de la contratación pública y desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Para atender estas cuestiones me basaré sobre todo en un estudio jurisprudencial. Como se verá, en el trabajo predomina un enfoque mercantil, aunque también se atienden aspectos administrativos e incluso procesales.

**PALABRAS CLAVE:** UTEs, Contratación pública, Solvencia, Competencia.

**ABSTRACT:** This study centres around Temporary Business Associations and the peculiarities they entail in public contracting. The use of these associations is very common due to the advantages they offer. Firstly, I analyse the concept of a TBA, their traits and commercial peculiarities, and what sets them apart from similar figures. This initial analysis is important to first understand the legal framework of temporary associations and, secondly, to address problematic issues that may arise in the field of public contracting and from the point of view of Competition Law. To attend these issues, I will base myself above all on a jurisprudential study. The paper will take a predominantly commercial point of view, although administrative and procedural aspects will also be touched upon.

**KEY TERMS:** TBA, Public contracting, Solvency, Competition

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>II. LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS</b> .....	7
<b>1. CONCEPTO Y RÉGIMEN LEGAL</b> .....	7
<b>2. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LAS UTEs (O REQUISITOS LEGALES):</b> ...	9
2.1. <i>Finalidad común: ejecución de una obra, servicio o suministro.</i> .....	9
2.2. <i>Temporalidad.</i> .....	10
2.3. <i>Carencia de personalidad jurídica.</i> .....	11
2.4. <i>Responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de sus miembros.</i> ..	12
2.5. <i>Organización: el gerente único, el comité de gerencia y la junta de empresarios.</i> .....	13
2.6. <i>Aspectos subjetivos y formales.</i> .....	14
<b>3. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES</b> .....	16
3.1. <i>Agrupaciones de Interés Económico.</i> .....	16
3.2. <i>Grupos de sociedades.</i> .....	18
<b>4. LAS UTEs EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS BÁSICOS PARA SU CONTRATACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO</b> .....	19
<b>III. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LAS UTEs EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA</b> .....	23
<b>1. LA LEGITIMACIÓN DE LAS UTEs EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA</b> .....	23
1.1. <i>Legitimación activa en la contratación pública: de la legitimación activa de las UTEs a la legitimación de cada miembro de la UTE.</i> .....	24
1.2. <i>Legitimación pasiva de las UTEs y sus miembros</i> .....	27
<b>2. LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA</b> .....	28
2.1. <i>La solvencia como requisito de la contratación pública y su problemática aplicación a las UTEs.</i> .....	28
2.2. <i>La regla de la acumulación y la solvencia mínima.</i> .....	31
2.3. <i>Otras formas de acreditación de la solvencia.</i> .....	34
2.3.1. <i>La clasificación.</i> .....	34

2.3.2. Los medios externos.....	36
2.3.3. La subcontratación. ....	36
<b>3. MODIFICACIONES EN LA UTE Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN</b>	
<b>PÚBLICA.....</b>	<b>37</b>
3.1. <i>Modificaciones anteriores a la adjudicación.....</i>	37
3.1.1. Entrada, salida o sustitución de empresas integrantes.....	37
3.1.2. Fusión, escisión o transmisión de empresas integrantes de la UTE.....	38
3.1.3. Desistimiento de una empresa.....	39
3.1.4. Disolución, insolvencia o concurso de acreedores de una empresa antes de la adjudicación. ....	41
3.2. <i>Modificaciones posteriores a la adjudicación.....</i>	43
3.2.1. Aumento, disminución o sustitución de las empresas integrantes de la UTE.....	43
3.2.2. Fusión, escisión o transmisión de empresas integrantes de la UTE.....	43
3.2.3. Cesión de la posición de la empresa en la UTE. ....	44
3.2.4. Insolvencia o concurso de acreedores de una empresa de la UTE tras la adjudicación.....	45
<b>IV. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN A LAS UTES Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....</b>	<b>48</b>
<b>1. IMPLICACIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS DE LAS UTES .....</b>	<b>48</b>
<b>2. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA POR MEDIO DE LAS UTES.....</b>	<b>55</b>
2.1. <i>Actos anticompetitivos e indicios.....</i>	55
2.2. <i>Evolución jurisprudencial y de la CNMC sobre las UTEs y su empleo en la contratación pública.....</i>	59
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>66</b>

## ABREVIATURAS

AIE(s): Agrupación de interés económico

AN: Audiencia Nacional

Cit.: Cita

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CCOM: Código de Comercio

EM: Estado Miembro

JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa

LCSP: Ley de Contratos del Sector Público

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LJCA: Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa

Pág.: Página

PCAP: Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares

RGCAP: Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

### Públicas

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

UTE(s): Unión temporal de empresa

## I. INTRODUCCIÓN

La economía de mercado, esencialmente competitiva, ha ido provocando la aparición de numerosos acuerdos entre empresas que se proponen abordar grandes proyectos de manera conjunta o concentrarse como un único operador económico<sup>1</sup>. Este fenómeno tiene su origen en los Estados Unidos y ha evolucionado con el paso del tiempo<sup>2</sup>.

Hoy en día los acuerdos *joint venture* disfrutan de una notoria importancia propiciada por el auge de la economía de mercado, el amplio régimen en el que se encuadran y la comodidad que supone para los sujetos que se unen<sup>3</sup>. Más aún en el ámbito de la contratación pública, donde las uniones de empresas han tenido y siguen teniendo especial importancia económica, sobre todo cuanto más complejo o amplio es el proyecto a realizar. Además, desde el punto de vista jurídico las uniones de empresas presentan especial interés ya que afectan a distintas disciplinas jurídicas: mercantil, administrativa, tributaria, etc.

Las uniones de empresas tienen como finalidad la colaboración empresarial. Pero es necesario advertir que existen distintos tipos de acuerdos, cada uno con sus efectos y regulaciones<sup>4</sup>. Mi propósito en este trabajo es estudiar concretamente las uniones temporales de empresas (UTES, en adelante), analizando las peculiaridades en la contratación pública. Para ello, he estructurado el trabajo en tres partes: la primera dedicada a establecer el concepto y margo general de las UTES; en la segunda se analizarán ciertas cuestiones problemáticas en relación a las UTES en la contratación pública; y en la tercera y última se estudian las limitaciones del Derecho de la

---

<sup>1</sup> Como señalan SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Es notorio que el fenómeno de la concentración de empresas comenzó a tener una difusión espectacular en el apogeo del capitalismo. Las uniones de empresas se han manifestado como una necesidad de la economía del mercado que impone cambios en la estructura de las mismas con la finalidad de obtener un perfeccionamiento técnico y de mejorar su funcionamiento” (*Principios de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 481).

<sup>2</sup> Donde comúnmente se conoce como “*joint venture*”.

<sup>3</sup> Como dicen SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., (en cit.), las Uniones “se caracterizan por estar formadas por un conjunto de empresarios que, manteniendo su independencia jurídica, están sometidos a una dirección unitaria para obtener fines económicos. Dichos empresarios deben conservar su individualidad jurídica si bien su poder de iniciativa económica se reduce en forma más o menos considerable”. Es importante esta distinción ya que los supuestos de uniones empresariales son diferentes a las fusiones de empresas.

<sup>4</sup> Como señala PAZ-ARES, C., “la fenomenología de las uniones o vinculaciones entre empresas que registra la vida de los negocios presenta tal riqueza y variedad que no es posible clasificarla con arreglo a un único criterio o explicarla en atención a un único factor” (“Uniones de Empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006. Cap. 54, p. 1469).

Competencia en el uso ilegal de UTEs en procedimientos administrativos de contratación.

Para realizar este trabajo he empleado las fuentes habituales en Derecho como son la legislación, la doctrina, tanto mercantil como administrativa y, especialmente, la jurisprudencia, así como las resoluciones de los órganos consultivos y de resolución de recursos en el ámbito de la contratación pública.

## II. LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS

### 1. Concepto y régimen legal

No existe en la legislación española una Ley concreta para las UTEs. La única norma que regula en mayor medida esta figura empresarial es la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones temporales de Empresas. Esta Ley en su artículo 7.1 define a las UTEs como “una forma de colaboración entre dos o más empresarios por cierto tiempo, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”. Es fundamental comprender que es una Ley de carácter tributario y no mercantil, por lo que la regulación de las UTEs está focalizada en las cuestiones tributarias<sup>5</sup>. No obstante, la sentencia del 28 de enero de 2002 del Tribunal Supremo declaró la aplicabilidad de la Ley 19/1982 más allá del ámbito fiscal, de tal modo que constituye el marco jurídico general de la UTE<sup>6</sup>.

La evolución legislativa que ha tenido la colaboración empresarial comenzó a partir de la segunda mitad del S.XX cuando en 1963 se promulgó la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas. No obstante, el legislador decidió modificar esta

---

<sup>5</sup> Como señala GARCÍA-CRUCES, J. A., “el texto legal no contiene una completa regulación sustantiva de la figura sino que dispone ciertas exigencias de contenido y caracterización a los efectos de poder disponer de los beneficios fiscales allí previstos” (*Derecho de Sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 621.). En efecto, a lo largo de la Ley 18/1982 se extraen características esenciales de las UTEs, pero que son propiamente requisitos legales para obtener los beneficios fiscales que permite la Ley. Por todo ello esta regulación ha sufrido algunas críticas.

<sup>6</sup> Para cierta parte de la doctrina, la dispersión normativa constituye uno de los principales problemas de las UTEs (CALVO CHARRO, M., GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.). Para otros incluso llegar a la conclusión que estableció el TS en la sentencia del 28 de enero de 2002 es un error, debiendo distinguirse el concepto de UTEs de la Ley 18/1982 de la Ley de contratos públicos, anterior TRLCAP y actual LCSP (GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F., “Las uniones temporales de empresarios y la contratación administrativa”, *Actualidad administrativa*, nº1, 2006).

Ley preconstitucional, y el resultado fue la Ley 18/1982<sup>7</sup>. Finalmente, nueve años más tarde, una nueva Ley que regulaba mayormente las Agrupaciones de Interés Económico derogó la mayor parte de la Ley 18/1982, quedando únicamente en vigor la normativa que desarrolla las UTEs.

Además de la Ley 18/1982 existen otros instrumentos legales que regulan determinados aspectos de las UTEs, como la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Pero me centraré en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), ya que muchos de los problemas relacionados con las UTEs han surgido en el orden contencioso-administrativo, en concreto en la materia de contratación pública<sup>8</sup>. También el 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.

Evadiendo los textos legales, considero que la definición que mejor se acerca al concepto de UTE es la siguiente: figura tipificada en el ordenamiento jurídico español con la “intención de favorecer la cooperación empresarial”<sup>9</sup> temporalmente entre dos o más empresarios para la realización de una obra, servicio o suministro que por sus características o “envergadura sobrepasan las capacidades individuales de quienes la forman”<sup>10</sup>. También suele suceder que cada empresa de la unión está especializada en una maquinaria concreta o tecnología especial<sup>11</sup>. El empleo de este tipo de concentración empresarial trae consigo, además de las ventajas propias de toda colaboración empresarial, una serie de ventajas o beneficios fiscales (consecuencia de la naturaleza tributaria de la Ley 18/1982). De hecho, como profundizaré a continuación, la Ley no nos señala las características o los elementos que debe tener una UTE para ser considerada como tal, sino que se limita a sancionar determinados requisitos y exigencias para que las UTEs puedan disfrutar de los beneficios fiscales<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Con la Ley 18/1982 se derogó la anterior Ley (salvo lo referente a las Sociedades Anónimas de Empresas) e introdujo las UTEs y las agrupaciones de interés económico.

<sup>8</sup> La LCSP contiene artículos dirigidos a regular las relaciones de las uniones de empresarios con la contratación pública. Posteriormente desarrollaré este punto.

<sup>9</sup> MIQUEL RODRIGUEZ, J. *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998, p. 101.

<sup>10</sup> PAZ-ARES, C., “Uniones de Empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, p. 1470. Además, añade que “no es de extrañar que se hayan desarrollado (las UTEs) especialmente en el sector de las obras públicas y construcción de grandes infraestructuras”.

<sup>11</sup> “Unión Temporal de Empresas (UTE)”. *Memento Sociedades Mercantiles 2022*. Lefebvre, cap. 32. 2022.

<sup>12</sup> GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F. (“Las uniones temporales de empresarios y la contratación administrativa”, *Actualidad administrativa*, nº1, 2006) señala que con esta redacción la Ley 18/1982



## 2. Características básicas de las UTEs (o requisitos legales):

Las UTEs tienen unas cualidades que la diferencian respecto a otras uniones de empresarios, y un procedimiento de constitución peculiar que es necesario seguir para que sea posible adoptar tal forma jurídica. La legislación, no obstante, se refiere a estas características o cualidades como “requisitos” para poder disfrutar de un régimen tributario con una serie de ventajas o beneficios fiscales. En definitiva, las uniones de empresas, para ser considerada como UTEs a efectos de la Ley 18/1982, deberán reunir las siguientes características:

### 2.1. Finalidad común: ejecución de una obra, servicio o suministro.

- a. Complejidad del proyecto. Las UTEs se constituye con un objetivo: la ejecución de un proyecto. La Ley 18/1982 concreta que el fin de la UTE es “el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”<sup>13</sup>. Esta obra, servicio o suministro suele reunir a su vez ciertas características por las cuales se constituye la UTE, como una excesiva complejidad del proyecto, gran envergadura, ausencia de capacidad económica o de recursos, etc. Esto no supone un requisito legal, sino que responde a la lógica económica, ya que si el proyecto es sencillo o asequible las empresas no se plantearán colaborar con otras para efectuar el trabajo, y por tanto no se constituiría la UTE.
- b. Irrelevancia de la localización del proyecto. Además, el objeto de la UTE puede estar localizado tanto “dentro como fuera de España”. Todo esto supone como indica la doctrina que “no ha de especificarse u tipo o clase de actividad empresarial sino la concreta actividad que vaya a realizarse”<sup>14</sup>.

---

reconoce la posibilidad de que haya UTEs sin cumplir los requisitos de su artículo 8, o sin que se inscriban en el Registro Especial. Por tanto, es viable una UTE sin cumplir lo establecido en la Ley 18/1982, que se destina únicamente a ofrecer ventajas fiscales.

<sup>13</sup> Las obras, servicios y suministros que pueden realizar las UTEs son tanto a través de relaciones privadas como en la contratación pública. Además, respecto a esta última cabe también la posibilidad de que las UTEs resulten adjudicatarias de concesiones de obras o servicios.

<sup>14</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., *Derecho de Sociedades Mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 622.

- c. Irrelevancia del objeto social. No se exige coincidencia del objeto de la UTE con el propio de cada una de las empresas que la componen<sup>15</sup>. Además, la ley añade que “también podrán desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal”. Estos trabajos “complementarios y accesorios” del trabajo principal deberán contribuir de alguna manera para facilitar su elaboración, mejorar su calidad, etc. En todo caso, a la hora de constituir una UTE será necesario precisar correctamente el proyecto principal y, si es necesario, que trabajos complementarios o accesorios son importantes para la consecución del objeto principal.

## *2.2. Temporalidad.*

Como señala el artículo 7.1 de la Ley 18/1982, las UTEs son un sistema de colaboración entre empresarios “por tiempo cierto, determinado o indeterminado...”. Por tanto, no es necesario que en el momento del acuerdo para formar la UTE se fije una fecha concreta de finalización de la misma. Este aspecto temporal se ve matizado por el siguiente artículo de la Ley, cuyo apartado c) establece que “las uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto”. Esto permite la posibilidad de no indicar en el contrato la duración exacta de la unión, puesto que se entiende finalizado el contrato cuando la obra pactada se haya realizado.

En todo caso, se advierte que “la duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años”. Este último inciso hace referencia a la modalidad de la contratación pública, donde se ha recurrido en mayor medida a la constitución de una UTE debido a la mayor complejidad de determinadas obras públicas y servicios públicos. La normativa de las UTEs se intenta asemejar a lo establecido en la regulación de la contratación pública<sup>16</sup>,

---

<sup>15</sup> Esto ha provocado, sobre todo durante la pandemia causada por la Covid-19, cierta “picardía” en algunos empresarios, que aprovechando esto se constituían como UTEs para el comercio de mascarillas, geles hidroalcohólicos y otros productos de sanitarios.

<sup>16</sup> Cuando la Ley 18/1982 habla sobre “obras y explotación de servicios públicos” nos hace suponer que se refiere a los contratos públicos de concesión de obras y concesión de servicios, que se caracterizan por la realización de una obra o servicio por parte de una empresa, que además se encarga de la explotación del mismo, apareciendo el “riesgo operacional” que asume la empresa en el ejercicio de tal actividad.

pero pese a este intento de armonizar ambas normas se produce cierta confusión, puesto que la Ley 18/1982 pone el límite en veinticinco años, o cincuenta si es un contrato público de concesión de obra o servicios, mientras que la LCSP determina en el artículo 29<sup>17</sup> distintas duraciones en función del tipo de contrato, pero nunca superior a cuarenta años. Por tanto, existe una disociación de diez años de diferencia en la normativa mercantil y la administrativa. Esto se debe básicamente a que los plazos en la contratación pública se han recortado, sin que la Ley 18/1982 se haya acomodado a ellos, permitiendo la posibilidad de realizar proyectos más duraderos. Por ello, si el contrato es administrativo atenderemos los límites de la LCSP, y en caso contrario la duración temporal será la establecida por la Ley 18/1982<sup>18</sup>.

En fin, las UTEs no constituyen un mecanismo de colaboración permanente entre empresarios. Por ello, una vez ejecutada la obra o servicio, o finalizada la duración máxima, si los empresarios expresan su voluntad de continuar la colaboración deberá constituir una nueva UTE para nuevos proyectos. Además, no es posible que la UTE se transforme en una sociedad de forma permanente.

### *2.3. Carencia de personalidad jurídica.*

Este es sin duda uno de los elementos más característicos de las UTEs que nos permitirá además diferenciarlas de otras figuras. Las uniones temporales de empresas son exactamente eso, uniones temporales: no se forma una nueva persona jurídica ni

---

<sup>17</sup> El artículo 29 de la LCSP regula la duración temporal de manera exhaustiva. En su apartado primero determina que “la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”. Se permite, además, la posibilidad de prórroga. A partir de ahí, impone ya ciertos límites en sus siguientes apartados, como en los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva que tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, aunque es posible superar esta duración si es necesario para la ejecución completa del contrato. Respecto a lo que nos atañe, los contratos de concesión de obras y de servicios “tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”, y se remarca que “en cualquier caso”, no podrá exceder de cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio; Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios; Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

<sup>18</sup> “Unión Temporal de Empresas (UTE)”. *Memento Sociedades Mercantiles 2022*. Lefebvre, cap. 32. 2022.: “El límite máximo de duración establecida a efectos fiscales en la Ley 18/1982 carece de influencia en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. (JCCA del Estado Informe 11/2002, 13 de junio de 2002).

dispone la UTE de capacidad propia<sup>19</sup> (artículo 7.2 Ley 18/1982). Los empresarios conservan su total independencia jurídica, lo que permite en efecto que la UTE se regule a través de los acuerdos fruto de la autonomía jurídica que tienen todos los empresarios que forman la UTE. Esto tiene varias consecuencias, una de ellas es que como he dicho la UTE se regula única y exclusivamente a través de los acuerdos entre los empresarios, lo que muestra una evidente influencia de la autonomía de la voluntad a la hora de regular la relación empresarial. Otra consecuencia es la responsabilidad en el tráfico jurídico, que no será de la UTE sino de los empresarios, como en el siguiente apartado analizo.

#### 2.4. Responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de sus miembros.

La UTE no podrá responder de las deudas que se generen de su actividad, lo que supone que se harán cargo de tales responsabilidades los propios empresarios que la agrupan<sup>20</sup>. Esta característica, que ha producido mucha jurisprudencia<sup>21</sup>, es consecuencia de la ausencia de personalidad jurídica de la UTE. Se habla de tres tipos de responsabilidad:

- i. La *responsabilidad ilimitada* se encuentra en el artículo 1911 del Código Civil: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Es decir, no sólo responden hasta el importe de su aportación a la UTE, sino con la totalidad de sus fondos.

---

<sup>19</sup> Como señala el Informe 56/2013 JCCA del Estado, la UTE “se caracteriza por ser un sistema asociativo de colaboración empresarial que, si bien implica una estructura organizativa común, nunca llega a conformar la existencia de un sujeto de derecho distinto de los propios empresarios que la integran”. Del mismo modo, el informe señala que la Unión “constituye un sistema de ejercicio común de intereses de dos o más personas jurídicas que, basado en un acuerdo previo, vincula a sus miembros en la consecución de un fin común, pero no es una persona jurídica en sí misma”.

<sup>20</sup> Consecuencia de la responsabilidad de los empresarios, y no de la UTE, es que una unión no podrá ser declarada en concurso ya que carece de personalidad jurídica. No obstante, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares del 4 de abril de 2014, “ello no implica que la declaración del concurso de una de las sociedades integrantes de la misma no pueda desplegar sus efectos”. Ello supone que el acreedor de una UTE podrá reclamar ante ésta (los bienes y derechos que los empresarios hayan dotado a la unión por ejemplo) y a los miembros, quienes responderán de la forma que he indicado una vez agotado el beneficio de la exclusión.

<sup>21</sup> Por ejemplo, la STS 9105/2012, de 21 diciembre de 2012, señaló que “con carácter general, frente a terceros, se responde por los actos y operaciones en beneficio del común”, que además se refiere a un contrato público (en este sentido también resuelven la Audiencia Provincial de Baleares en su sentencia 7 de septiembre de 1999, la Audiencia Provincial de Castellón en su sentencia 27 de julio de 2001; además juzgados mercantiles como los de Madrid (número 6, sentencia 28 de febrero de 2011) y de Palma de Mallorca (número 1, sentencia 27 de enero de 2016).

- ii. Respecto a que los miembros de la UTE responden *subsidiariamente*, quiere decir que será necesario que el acreedor se dirija primero contra los bienes de la unión (aportaciones de los empresarios, los bienes que haya adquirido esta...) <sup>22</sup>, lo que se conoce como beneficio de la exclusión, y una vez agotado el caudal común, habrán de hacer frente al conjunto de deudas, si subsisten, los empresarios <sup>23</sup>.
- iii. Finalmente, la *responsabilidad solidaria*, supone que los acreedores de la UTE podrán exigir el cómputo total de la deuda a un miembro de la UTE, que deberá hacer frente a tal, pudiendo posteriormente exigir la parte de cada uno al resto de miembros (lo que se conoce como acción de regreso). Todo ello es consecuencia directa de la ausencia de personalidad de la UTE, por lo que serán los miembros de la misma quienes devienen responsables frente a terceros respecto a los actos y contratos que se celebren en nombre de la UTE.

#### *2.5. Organización: el gerente único, el comité de gerencia y la junta de empresarios.*

Hay un gerente único que actúa en representación de la Unión. El artículo 8 de la Ley 18/1982 señala que este gerente contará “con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes”. Uno de sus papeles fundamentales será la de representar a la UTE en juicios y procesos. Es elegido por el comité de gerencia <sup>24</sup>, máximo órgano decisorio de la UTE, y su función es básicamente representar la Unión y actuar en nombre de ella <sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Este fondo de la UTE se conoce como “fondo operativo común” y se encuentra integrado por los bienes y derechos que aportan los miembros al fin común (Resolución 25 de marzo de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

<sup>23</sup> Pese a que las UTEs carezcan de personalidad jurídica y no se las pueda considerar en sentido estricto como empresarios, tienen una serie de obligaciones contables. A efectos fiscales, no mercantiles, estarán obligadas a formular cuentas anuales y a legalizar sus libros conforme a la normativa mercantil. Además, los miembros de las UTEs deberán también incluir en sus cuentas las partidas correspondientes de la UTE.

<sup>24</sup> El Comité está integrado por un representante de cada una de las empresas de la UTE y se entiende que equivale al consejo de administración de la sociedad. Se encargará de diseñar la política y dirección del proyecto y decidirá sobre el Gerente. Su cargo es esencialmente revocable por los propios empresarios y el comité (Sentencia Audiencia Provincial de Alicante 21 de noviembre de 2014). Podrá ser despedido por la unión por defraudar la confianza que se ha depositado sobre él (Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de junio de 1990).

<sup>25</sup> Esto, junto a los requisitos formales exigidos para constituir una UTE que posteriormente analizo, supone para determinados autores como SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., una “cierta personificación de la Unión”. (*Principios de Derecho Mercantil*. Thomson

Recordemos que la UTE no tiene personalidad, por lo que la labor real del gerente será actuar según los deseos de los empresarios que han constituido la UTE<sup>26</sup>. Finalmente, la junta de empresarios es el órgano superior de la UTE y está integrada por un representante de cada empresa. Se corresponde con la junta general de una sociedad de capital. Esta junta no podrá interferir las facultades del gerente<sup>27</sup>.

## 2.6. Aspectos subjetivos y formales.

- a. Respecto a la cualidad subjetiva para constituir una UTE, la Ley en su artículo 8. a) establece que: las Empresas miembros podrán ser personas físicas o jurídicas residentes en España o en el extranjero. Esto supone un régimen muy amplio a la hora de constituir una UTE ya que no solo empresas (personas jurídicas) sino particulares empresarios (personas físicas) podrán formar la UTE, independientemente de su residencia. Se puede decir que “la norma es generosa, puesto que la única exigencia que deben satisfacer los miembros de la UTE es la necesidad de que tengan la cualidad de empresarios”<sup>28</sup>. Este amplio régimen se completa con el hecho de que no se requiere una forma jurídica concreta, sino que cualquier empresa independientemente de su forma y carácter mercantil puede constituir y formar parte de una UTE.

En cuanto a su número no hay un límite fijado, pero es frecuente que la UTE se componga por dos empresas. Además, no se impide la salida o la entrada de nuevos socios y su cambio de denominación. Ello no deberá afectar al objeto de la misma<sup>29</sup> y deberá realizarse conforme a las estipulaciones contenidas en los estatutos y en la escritura de constitución. Como posteriormente analizaré, en la

---

Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 491). Esta opinión es apoyada por cierta jurisprudencia como se ve en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares del 4 de abril de 2014.

<sup>26</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A. (*Derecho de Sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 623.), señala lo siguiente acerca de la organización de la UTE: “la UTE supone una actuación coordinada de sus integrantes, lo que tiene efectos frente a terceros. Para ello, para esa actuación unificada, se impone la designación de un gerente único. Esta designación no se produce por la UTE propiamente, ya que no tiene personalidad jurídica, sino por cada una de las empresas que componen la UTE, de sus miembros”.

<sup>27</sup> (Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 1999, Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 21 de noviembre de 2014).

<sup>28</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., (*cit.*), p. 622.

<sup>29</sup> En caso contrario, la modificación al objeto de la UTE supone la pérdida del derecho a aplicar el régimen tributario especial, debiendo cumplirse de nuevo los requisitos de la Ley 18/1982.

contratación administrativa existen distintas consecuencias en el caso de modificarse una UTE.

- b. Finalmente, existen requisitos formales a la hora de constituir una UTE.
  - i. En primer lugar deberá existir un contrato entre los empresarios que conformen la unión. Este contrato reunirá las condiciones de la formación de la UTE y la forma en la que se adoptarán los acuerdos. Constará (entre otras cosas) de lo siguiente: identidad y circunstancias de los otorgantes; su voluntad de constituir una UTE; estatutos y demás pactos que se tengan por convenientes; denominación o razón con la que se identifique la UTE, que será la denominación de una, varias o todas las empresas de la UTE mas la expresión “Unión Temporal de Empresas o simplemente el acrónimo UTE; descripción del objeto de la UTE; memoria descriptiva o proyecto de las actividades a desarrollar y los medios para su ejecución; fecha de inicio de la actividad y su finalización; aportaciones que se hagan al fondo común y los modos de financiar la actividad por los miembros; el nombre y domicilio del gerente (considerándose este como domicilio fiscal); y por último el modo o método para determinar la distribución de resultados y el régimen de ingresos y gastos de la UTE.
  - ii. Este contrato deberá formalizarse y elevarse a escritura pública.
  - iii. El contrato se inscribe en el registro administrativo especial del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, no a efectos publicitarios sino fiscales. Todo esto ha conllevado, en opinión de ciertos autores a afirmar la existencia de “una cierta personificación jurídica de la Unión”<sup>30</sup>.

A modo de conclusión recuerdo que estos son los elementos esenciales de las UTEs deducidos a partir de los requisitos legales para obtener los beneficios fiscales de la Ley 18/1982<sup>31</sup>. No obstante, hoy en día se han aceptado tales requisitos como elementos fundamentales de la UTE que explican su régimen básico.

---

<sup>30</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 648.

<sup>31</sup> En opinión de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., el incumplimiento de alguno de los requisitos tendría consecuencias únicamente fiscales. No obstante también considera que la regulación de las UTEs por la Ley 18/1982 “trasciende el ámbito fiscal y regula la configuración de las UTEs desde el

### 3. Distinción de figuras afines

#### 3.1. Agrupaciones de Interés Económico.

Las Agrupaciones de Interés Económico (AIE, en adelante) están reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril<sup>32</sup>. Es una figura asociativa que tiene la finalidad de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros<sup>33</sup>. Aunque comparte algunas características comunes a la UTE (unión de empresarios, el objeto es una actividad económica que beneficiará a los miembros de la unión) al analizar más profundamente las instituciones encontramos cuatro diferencias fundamentales.

- a. La personalidad jurídica. En primer lugar, las AIE son entes con personalidad jurídica propia (artículo 1 Ley 12/1991), mientras que las UTEs carecen de personalidad jurídica propia. Esto supone que mientras en las UTEs no existe un nuevo sujeto económico –con personalidad jurídica–, en las AIE aparece un nuevo operador cuyo fin es facilitar o mejorar la actividad de los miembros de la misma. Como señala la doctrina, “la AIE es una persona jurídica de carácter instrumental respecto de sus socios en el sentido de que realiza una actividad auxiliar de aquella que cada socio lleva a cabo”<sup>34</sup>. Este carácter instrumental se deduce del objeto de las AIE, ya que este debe ser exclusivamente una actividad económica auxiliar de aquella que llevan a cabo sus miembros<sup>35</sup>.
- b. Actividad a realizar. Es consecuencia del carácter instrumental desarrollado anteriormente, ya que la AIE es una actividad dirigida a mejorar la actividad de sus miembros, mientras que en las UTEs no se realiza una actividad auxiliar sino una actividad concreta –una obra, servicio o suministro– que por sus cualidades requiere una actuación conjunta de varios empresarios.
- c. Organización. Como persona jurídica que es, la AIE está regida por dos órganos: la asamblea de socios y el órgano de administración. En la UTE

---

punto de vista mercantil”. (*Las uniones de empresarios en la contratación administrativa*. Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2004, p. 22 y 24).

<sup>32</sup> De forma supletoria, indica el primer artículo que se regulará por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza.

<sup>33</sup> El artículo 2 de la Ley 12/1991 señala que la finalidad de las AIE es “facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios”.

<sup>34</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., *Derecho de Sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 625.

<sup>35</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., (*cit.*).



sin embargo los órganos son distintos y con menor entidad y fuerza de actuación puesto que ésta carece de personalidad jurídica.

- d. Fin de la colaboración empresarial. Respecto a su disolución, mientras que la UTE finaliza cuando se finaliza a su vez el proyecto para la que fue creada, las AIE contienen su propio régimen, sea el pactado en la escritura de constitución o ya sea en las causas previstas legalmente (artículo 18 Ley 12/1992).

En cuanto a los elementos comunes de ambas figuras, el primero es la carencia de ánimo de lucro. Ambas uniones se dirigen a la colaboración empresarial y, por tanto, la mejora de las ganancias o ingresos de sus miembros (artículo 2.1 Ley 12/1992). Respecto el aspecto subjetivo, en las Uniones temporales cualquier empresario, sea persona física o jurídica, sea nacional o extranjero, puede ser miembro. Vemos, por tanto, un régimen amplio. Aunque la Ley 12/1992 en su artículo 4 también ofrece un régimen amplio con distinta expresión: “sólo podrán constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales”. El término “sólo” puede limitar esa posibilidad de formar una AIE, pero a la hora de enumerar los sujetos vemos que incluye tanto a los sujetos típicamente empresariales como a los agrícolas y artesanales, investigadores y quienes ejerzan profesiones liberales. En cuanto al régimen de responsabilidad podemos afirmar que es prácticamente idéntico al de las UTEs: el artículo 5 de la Ley 12/1992 indica que los socios responderán personal, solidaria y subsidiariamente de las deudas de la AIE.

En cualquier caso, la AIE no podrá dirigir o controlar la actividad económica que desarrollan sus socios o terceros. Pese a que tenga personalidad jurídica, cabe entender la AIE como una “empresa servidora” a favor de las empresas miembro. Para ello, la Ley impide en su artículo 3.2 que la AIE posea de modo directo o indirecto, por sí o a través de terceros, participación alguna respecto de sociedades que sean los socios que la integran. Como contrapartida, las empresas socias de la AIE no podrán en ningún caso sustituir a la misma<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 489.

### 3.2. Grupos de sociedades.

Los grupos de sociedades o de empresas son un conjunto de sociedades que se vinculan entre sí y se someten a una dirección única ejercida por una de ellas llamada sociedad dominante<sup>37</sup> o matriz sobre el resto de sociedades llamadas dominadas o filiales. Para ello, se requiere la existencia de un contrato de dominación entre empresa dominante y dominada. En este punto ya no estamos en una relación de igualdad (criterio de la coordinación, como es el caso de las UTEs) sino que el criterio a seguir ahora es el de la subordinación<sup>38</sup>. Este principio supone la existencia de una relación de jerarquía o de control que permite la actuación unificada en el mercado “como una sola empresa”<sup>39</sup>. No obstante, pese a que se habla de una empresa “policorporativa o plurisocietaria”<sup>40</sup>, ello no impide que las empresas dominadas conserven su individualidad y personalidad jurídica. Es decir, al grupo en general “no se le atribuye personalidad jurídica, sino que se le considera como unidad económica”<sup>41</sup>.

En consecuencia, mientras que las UTEs son acuerdos de colaboración empresarial en los que se busca la actuación conjunta de las empresas para un beneficio común, en los grupos de sociedades también se busca el beneficio de todas las empresas pero el régimen ya no es el mismo, es decir, no hay una colaboración de empresas sino que una en concreto es más poderosa que el resto y domina, dirige y controla al resto.

Al igual que con las UTEs, la regulación legal es limitada<sup>42</sup>. El artículo 42 del Código de Comercio determina que “existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”. Este control puede manifestarse a través de diferentes instrumentos y puede tener distintas intensidades<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Será la responsable, además de dirigir la política del grupo, de formular las cuentas anuales y el informe de gestión.

<sup>38</sup> Véase SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., (cit.), p. 482 y ss.

<sup>39</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., *Derecho de Sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 629.

<sup>40</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., (cit.).

<sup>41</sup> MIQUEL RODRIGUEZ, J. *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998. Ello ha supuesto la creación de la doctrina de la “unidad de grupo” por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en sentencias como el Caso “Centrafarm” del 31 octubre 1974, la sentencia del 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-97/08 y la sentencia de 26 septiembre de 2013 asunto C-179/1, entre otras) que supone la no aplicación de las disposiciones europeas sobre Derecho de la Competencia a los acuerdos entre las sociedades que forman parte del grupo (y del mismo modo ha servido para imputar los ilícitos en materia de competencia a empresas matrices por parte de empresas filiales).

<sup>42</sup> “Falta una regulación adecuada, difícil de articular, de los grupos de sociedades, que sólo se han disciplinado parcialmente” SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 484.

<sup>43</sup> GARCÍA CRUCES, J. A., *Derecho de Sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 630.

El CCOM señala una serie de situaciones en las que se presume que existirá control: posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores, etc.

#### **4. Las UTEs en la contratación pública: aproximación a los elementos básicos para su contratación con el sector público.**

Desde que la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (Sentencia del 16 de noviembre de 1993) estableció la imposibilidad de que una Administración Pública pudiera impedir a una UTE presentarse a una licitación, las UTEs han ido cobrando especial importancia en el ámbito de la contratación pública<sup>44</sup>. Son diversas las razones que propician y favorecen la utilización de estas uniones: técnicas, económicas y fiscales, financieras, y organizativas. Las obras, servicios y suministros que requieren las Administraciones son, en ocasiones, de gran envergadura o complejidad, lo que ha propiciado la colaboración empresarial para llevar a cabo tales proyectos. Además, existen importantes ventajas tanto para las empresas como para la Administración: por un lado, para las empresas se accede a nuevos mercados, se comparten riesgos y se asignan recursos; por otro lado para la Administración se mitiga el denominado efecto “riesgo del contratista”, ya que se confía la ejecución de un contrato a varias empresas en vez de a una sola, reduciendo de este modo los riesgos de incapacidad o insolvencia del contratista.

---

<sup>44</sup> Cabe destacar a nivel internacional la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 18 de diciembre de 2007 donde se había prohibido a una UTE italiana concurrir a la adjudicación de un contrato de gestión de servicio de limpieza urbana. En este caso, el TJUE resuelve que el derecho europeo “se opone a disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal, que impiden a candidatos o licitadores facultados, con arreglo a la legislación del Estado miembro de que se trate, para prestar el servicio en cuestión, incluidos los que están constituidos como unión temporal de empresas de servicios, presentar ofertas en un procedimiento de adjudicación de contrato público de servicios cuyo valor supere el umbral de aplicación de la Directiva 92/50, por el mero hecho de que dichos candidatos o licitadores no tengan la forma jurídica correspondiente a una categoría determinada de personas jurídicas, a saber, la de sociedades de capital. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, dentro del margen de apreciación que le concede su Derecho interno, interpretar y aplicar una disposición de Derecho interno en un sentido conforme con las exigencias del Derecho comunitario y, si dicha interpretación conforme no fuera posible, abstenerse de aplicar cualquier norma de Derecho interno que sea contraria a tales exigencias”.

La LCSP prevé la posibilidad de las UTEs, regula su funcionamiento con la contratación pública a lo largo de su normativa y la diferencia de la subcontratación. Esto permitió que empresas de menor tamaño puedan acceder a contratos públicos de mayor relevancia. Antes de analizar algunos de los problemas jurisprudenciales de las UTEs en relación a la contratación pública, considero importante atender el artículo 69<sup>45</sup> que establece seis consideraciones esenciales del régimen jurídico de la contratación pública de las UTEs.

- a) Reconocimiento de la capacidad de contratar de las UTEs con el sector público.

El primer apartado de dicho artículo posibilita la contratación del sector público con las “uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto”, es decir, para cumplir con el proyecto del contrato (elementos de temporalidad y de ejecución de una obra, servicio o suministro). Además, no es necesaria “la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor”. Esto es muy importante, ya que establece un régimen de gran flexibilidad y facilidad para las empresas, puesto que pueden proponer una oferta a la licitación, actuando ya con efecto de UTEs, pero sin estar constituida formalmente. Es decir, la Ley permite a las empresas participar en la licitación sin ser en ese momento una UTE, pero debiendo constituirse como tal si les resulta adjudicado el contrato<sup>46</sup>. De este modo, si finalmente no son adjudicatarias, no deberán constituirse como UTEs puesto que no habrá el propósito –el proyecto– por el que se iban a unir.

Respecto a la capacidad de las empresas para formar una UTE y participar en la licitación administrativa, la sentencia del TSJ Madrid de la sala contencioso-administrativa<sup>47</sup> determina que “todas y cada una de las empresas que componen la UTE deben acreditar su capacidad de obrar con indicación de sus nombres y circunstancias, así como la participación de cada uno”<sup>48</sup>. Esta acreditación de la

---

<sup>45</sup> Es el artículo básico que regula las UTEs en la contratación administrativa. Se encuentra inmerso en el Capítulo II de la LCSP sobre capacidad y solvencia del empresario, y dentro de la Sección 1º que refiere a la aptitud para contratar con el sector público.

<sup>46</sup> Pese a ello, si se requiere para poder formular la oferta en fase de licitación cumplir una serie de requisitos por las empresas de la UTE: acreditación de la capacidad de obrar y solvencia económica y financiera, técnica y profesional; habilitación profesional exigible para realizar la actividad; no estar incurso en las prohibiciones de contratar del artículo 71 LCSP; y por último determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación, etc. “Unión Temporal de Empresas (UTE)”. *Memento Sociedades Mercantiles 2022*. Lefebvre, cap. 32. 2022.

<sup>47</sup> STSJ Madrid 5 de noviembre de 2014.

<sup>48</sup> Sobre la participación considero interesante advertir que la “redistribución de los porcentajes de participación entre los mismos miembros integrantes de una unión temporal de empresarios no altera el

capacidad de obrar de los empresarios de la unión se realiza mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional que se inscriben en el Registro correspondiente (artículo 84.1 LCSP). Pero como sabemos las UTEs pueden conformarse por empresas no nacionales. La capacidad de obrar de los empresarios del artículo 84.2, de Estados miembros de la UE o Estados del Espacio Económico Europeo, se realiza mediante la “inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación”. Respecto al resto de empresarios extranjeros, el apartado siguiente señala que “deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa”.<sup>49</sup>

- b) La participación de las UTEs en la contratación pública y sus implicaciones en el Derecho de la Competencia.

El segundo apartado prevé la posibilidad de una actuación de la UTE que lesione la competencia. A ello me referiré posteriormente, cuando haga una referencia al Derecho de competencia en relación con las uniones de empresarios. El apartado se limita a mencionar la posibilidad de que las UTEs realicen prácticas colusorias e informa del deber de los órganos de contratación de analizar estas situaciones.

- c) Responsabilidad de las UTEs y ciertas exigencias formales.

Respecto al tercer apartado, la Ley establece que “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...”. Desarrollan dos características de las UTEs que anteriormente he analizado: la responsabilidad solidaria (a añadir la subsidiaria y la ilimitada) de las UTEs, lo que supondrá la posibilidad de que la Administración se dirija contra cualquier empresa que conforme la unión para exigir la totalidad del crédito (una vez haya operado el beneficio de la exclusión)<sup>50</sup>; y el papel del representante o apoderado que con carácter general

---

sistema de responsabilidad solidaria que afecta a todos y cada uno de los empresarios...” (Informe 3/2002 JCCA Andalucía).

<sup>49</sup> Sobre la capacidad de obrar también existe regulación por el RGCAP: artículos 9 y 10. Todo ello lo atiendo de manera más específica posteriormente.

<sup>50</sup> La Administración actuará como si fuese una empresa que tiene un crédito contra la Unión.

corresponderá al gerente único (uno de los órganos de la UTE) que actuará en representación de la unión. Posteriormente se añade que a la hora de acudir a la licitación deberán indicarse datos relativos a los nombres y circunstancias de los empresarios que se presentan como UTEs, su participación, y el compromiso de constituirse como UTE en caso de ser adjudicatarios. Por tanto, este momento de la licitación es anterior al que he desarrollado anteriormente. No se exige que se constituya la UTE, sino el compromiso de constituirse en un futuro si son adjudicatarias del contrato.

d) Duración.

El cuarto apartado determina la duración temporal de las UTEs que será coincidente con la del contrato. Es decir, la UTE se disolverá cuando finalice el proyecto para la que fue creada. Cabe recordar en este punto que el artículo 29 de la LCSP establece un máximo temporal en los contratos públicos, lo que implica que las UTEs constituidas al efecto se verán sometidas a ese plazo en caso de que el contrato no establezca una duración determinada. Como ya he determinado anteriormente, cuando nos encontramos ante un supuesto de contratación pública atenderemos la duración y límites de la LCSP y no de la ley tributaria 18/1982.

e) Exigencias de clasificación y solvencia a las UTEs.

Los siguientes apartados cinco, seis y siete examinan los supuestos en los que se exige clasificación a modo de acreditar la solvencia de los empresarios que concurren agrupados en una UTE. En algunos contratos administrativos se exige una clasificación a los empresarios que participen en la licitación<sup>51</sup>, aunque únicamente es obligada la clasificación en los contratos de obras con valor estimado superior a 500.000 euros (artículo 67 LCSP). El problema radica cuando se presentan en forma de UTE empresas de distintas nacionalidades. La Ley resuelve la problemática determinando que los nacionales y los extranjeros que no sean miembros de la Unión Europea (ni del Acuerdo del Espacio Económico Europeo) deberán acreditar su clasificación y los europeos su solvencia.

f) Modificaciones de la UTE.

---

<sup>51</sup> Esta clasificación es una forma de acreditar la solvencia para un tipo de contrato. La empresa registrada en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público se clasifica en un grupo o subgrupo y no será necesario que presente toda la documentación acreditativa en cada proceso de licitación. Se acredita por tanto ante los órganos de contratación las condiciones de aptitud del empresario, su representación, la habilitación profesional, su solvencia, la concurrencia de prohibiciones de contratar, etc.

Finalmente, los apartados octavo y noveno determinan la posibilidad de modificaciones en la UTE. Este punto lo desarrollaré posteriormente puesto que existe gran jurisprudencia al respecto. Básicamente deberá analizarse la modificación en la composición de la UTE y el momento en que se produce para determinar si se le excluye del procedimiento.

En fin, esta regulación no define las UTEs ni añade novedades respecto su régimen, sino que como apunta la doctrina “supone su existencia en el tráfico jurídico y se limita a disponer la posibilidad de que accedan a la contratación del sector público, los requisitos que deben cumplir para ello y los efectos de resultar sujetos en la contratación pública”<sup>52</sup>.

### **III. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LAS UTEs EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **1. La legitimación de las UTEs en la contratación pública**

Debido a que voy a analizar algunos problemas actuales de las UTEs que han llegado a los tribunales, considero apropiado atender, en primer lugar, a la capacidad procesal de estas uniones. Las cuestiones estudiadas provienen tanto de los órganos jurisdiccionales ordinarios como de los órganos administrativos con competencia en contratación pública<sup>53</sup>, y analizaré tanto la legitimación activa, siendo la UTE demandante, como la legitimación pasiva, en la que la unión será la parte demandada.

Como parte activa en un proceso, la UTE puede ver perjudicados sus derechos e intereses, por lo que puede ser demandante. Debido a la especial forma de colaboración de la unión surgen algunas preguntas: ¿La acción debe ejercitarse de forma conjunta por los empresarios de la UTE? ¿Es posible que individualmente una de las empresas que conformen la unión ejercite la acción en nombre de la UTE?

---

<sup>52</sup> DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Las uniones temporales de empresarios: la solidaridad como elemento esencial”. *Revista de la Asamblea de Madrid*, Nº 8, junio de 2013, p. 4.

<sup>53</sup> En la contratación pública se instituyó, por exigencias del Derecho europeo, el recurso especial en materia de contratación pública. Es un recurso administrativo y los órganos encargados de resolver son los tribunales administrativos de recursos contractuales. Este recurso contiene su regulación en el Capítulo V de la LCSP (artículos 44 al 60).

En cuanto a la legitimación pasiva, las uniones de empresarios, como cualquier otra figura empresarial, pueden incurrir en un ilícito o en un incumplimiento contractual. Ante ello, los perjudicados pueden exigir su responsabilidad ante los tribunales –que como hemos advertido antes, no será de la UTE propiamente sino de los miembros que la constituyen<sup>54</sup>–. Pero a la hora de determinar la legitimación pasiva surge alguna duda: ¿debe ejercitarse la acción procesal ante la UTE como tal o ante cada una de las empresas?

### 1.1. *Legitimación activa en la contratación pública: de la legitimación activa de las UTEs a la legitimación de cada miembro de la UTE.*

Como regla general, la representación y defensa de los derechos de la UTE a los que se refiere el artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>55</sup> se realiza por medio de la figura del gerente. Esta tesis fue establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias del 26 de marzo de 1999 y 12 de junio de 2007<sup>56</sup> y se basa en la acción y defensa conjunta de los miembros de la UTE por medio del gerente.

Pero cabe preguntarse si es posible reconocer a las empresas integrantes de la UTE legitimación activa para ser demandantes. Es decir, si cada una de las empresas tiene legitimación no sólo para defender sus propios intereses, sino también para defender los de la Unión. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 2018 confiere tal posibilidad a cada integrante de la UTE ya que “gozan de legitimación suficiente para demandar en este procedimiento,..., pues como cointegrantes de la UTE gozan de un interés legítimo en tal pretensión”. A tal conclusión llegó el Tribunal Supremo tras un análisis del artículo 7.4 LEC, ya que al igual que el gerente actúa en representación de la unión, igualmente cada empresa integrante dispone de figuras que las representen.

---

<sup>54</sup> Bien señala la sentencia del TS del 14 de marzo de 2018, apoyándose en otra sentencia del 12 de junio de 2007, que “... partiendo de la ausencia de personalidad jurídica en la UTE, sus integrantes tanto pueden ser demandantes (como cotitulares de unos intereses comunes) como demandados...”.

<sup>55</sup> Artículo 7.4 LEC: “Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen”. El gerente único, como he señalado, representa a la unión (artículo 8.d) Ley 18/1982). Del mismo modo, el artículo 18 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa determina la capacidad procesal de “..., uniones sin personalidad... titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente”.

<sup>56</sup> En el mismo sentido se han referido las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra 27/1/1997 o de León 4/10/2010.



No obstante, en un principio la jurisprudencia no era favorable a permitir que un miembro de la UTE recurra por separado un acto que afecta a todos<sup>57</sup>. El propio Tribunal Supremo (sentencia de 18 de febrero 2015) señaló que "al optar por esta forma de concurrir en común y no libremente, se está libremente vinculando el interés al conjunto de la asociación de empresas, que será la entidad afectada por la decisión de la Administración convocante tanto si se le adjudica el concurso como si no". Añadía que "será la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación. En este sentido, las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso".

Este criterio concordaba con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>58</sup>, y se basaba en la lógica de las UTEs: la unión con otras empresas y la creación de un interés común comporta la exigencia de actuar acorde a tal relación de vinculación. Es decir, todas las empresas deben actuar conjuntamente para defender sus intereses comunes, no de manera individual.

Esta línea ha evolucionado por dos motivos fundamentales: por un lado, esta doctrina difícilmente asegura la plena garantía del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española; y por otro lado, a la regulación de la contratación pública a la que me refiero a continuación.

En el ámbito de la contratación administrativa<sup>59</sup>, el artículo 48 LCSP regula la legitimación para interponer un recurso especial en materia de contratación en términos muy amplios: "Podrá interponer el recurso... cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso". Este régimen se completa con el Real Decreto 814/2015 por el que se aprueba

---

<sup>57</sup> Existía, según PÉREZ PAREDES, E., una dualidad de posicionamientos, tanto a favor (Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Islas Baleares 3/10/2000, Islas Canarias 24/04/2008, y sentencias del TS 28/02/2005 y 11/07/2006) como en contra (STSJ Castilla y León 31/10/2001, STS 27/09/2006 y 22/06/2009), en la cuestión de la legitimación activa de las integrantes de la UTE ("Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública". Anuario Aragonés del Gobierno Local, nº 4, 2012, págs. 361-402).

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas de 8 de septiembre de 2005, en el asunto C-129/04, entre Espace Trainon, S.A. Société wallonne de location financement, S.A. (Sofibail) y Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)]. El anterior TJCE sostuvo "la obligación de recurrir la totalidad de los miembros de una UTE".

<sup>59</sup> Los Tribunales administrativos de contratación pública aceptaron con anterioridad a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de que un integrante de la UTE ejercitase acción en nombre de la unión.

el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC). Anteriormente a la aprobación de esta norma, ya “se había entendido que cualquiera de los partícipes de la UTE podía actuar en defensa de los derechos de la unión, pues, en caso de duda sobre la legitimación, debía resolverse en el sentido de aceptar esta en aplicación del principio *pro actione*” de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de febrero de 2005<sup>60</sup>. Este reglamento determina en su artículo 24.2 que “en el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”. En cuanto a la posible existencia de oposición de alguna de las empresas integrantes, el segundo inciso del artículo añade que si hay alguna empresa miembro de la unión que no quisiera interponer el recurso podrá poner de manifiesto al Tribunal de recursos contractuales su oposición en cualquier momento anterior a la resolución.

Por tanto, la normativa posibilita la legitimación activa a cualquier integrante de la unión. De este modo, las sentencias más recientes responden a favor de la legitimación procesal de los integrantes de las UTEs. La jurisprudencia ya había admitido en un primer momento la posibilidad de que empresas integrantes de la UTE tuvieran legitimidad en beneficio de la unión siempre y cuando ninguna otra empresa de la unión se mostrara contraria (Sentencias Tribunal Supremo en cit.). Hoy en día se permite la legitimidad activa plenamente, aunque haya empresas disconformes.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de noviembre de 2021 analiza en sede de casación si “las entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir UTE, (que, finalmente, no resulta adjudicataria), ostentan individualmente legitimación activa para ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa...”. En este caso, la UTE todavía no estaba constituida, sino que existía una “promesa” de constitución para el caso de que resultara adjudicataria. Por tanto, se cuestionaba si las empresas que pueden integrar la UTE en el futuro tienen también legitimación durante el procedimiento de contratación. Para responder a ello se recuerda jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo (sentencia del 17 de febrero

---

<sup>60</sup> Se exceptuaba lo anterior en el caso de que hubiera oposición de uno de los componentes (Sentencias Tribunal Supremo 13 de mayo de 2008 y 23 de julio de 2008).

2020, entre otras). Se considera que es “una cuestión resuelta” y que “por exigencia de los principios de igualdad en aplicación de la Ley y de seguridad jurídica” se debe resolver del mismo modo, admitiendo la posibilidad de legitimación individual de las empresas de la UTE (en este caso que pueden llegar a formar la UTE).

Esta doctrina es también la seguida por el TACRC, el cual entiende que “la interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA, en relación con el principio *pro actione*, en las particulares circunstancias del caso, lleva a concluir que cada una de las entidades que conforman una UTE ostentan individualmente legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación y, por tal razón, ante el desistimiento de alguna o algunas de las empresas integrantes de esa UTE pueden las demás proseguir con el recurso, con las consecuencias que de ello se deriven para la relación principal”<sup>61</sup>. Además, en su resolución nº479/2014 el TACRC señala que para la defensa de los intereses de la Unión por una de sus integrantes se requiere que la actuación procesal de la empresa sea en nombre propio pero en beneficio de la Unión. Por tanto, en los casos en los que no haya un interés directo de la Unión habrá falta de legitimación<sup>62</sup>.

En conclusión, está asentada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la legitimación activa individual de los integrantes de la UTE para la defensa de los intereses de la unión<sup>63</sup>.

### 1.2. Legitimación pasiva de las UTEs y sus miembros.

Numerosos son los procesos en los que participa una UTE donde se alega falta de legitimación pasiva de la UTE por carecer de personalidad jurídica. Pero la jurisprudencia ya ha asentado la idea –STS 12 de junio de 2007 y 14 de marzo de 2018, SAP de Madrid 4 de febrero de 2008, SAP de Valladolid 10 de septiembre de 2013– que las UTEs pueden ser parte demandada en un proceso, y además pueden ser demandadas tanto la UTE como sus integrantes<sup>64</sup>, ya que “cuando se demanda a la UTE

---

<sup>61</sup> Resolución nº 1758/2021.

<sup>62</sup> Resolución nº 107/2012.

<sup>63</sup> Obviamente, las empresas dispondrán también de legitimación para la defensa de sus propios derechos e intereses. No obstante en esos casos no habría en principio un interés de la unión por lo que la empresa actúa en nombre e interés propio.

<sup>64</sup> A la hora de redactar la demanda es recomendable citar a la UTE y a sus miembros de forma expresa. Pese a ello, parte de la jurisprudencia considera “bien constituida la relación jurídica procesal aunque solo se demande a una de las empresas que configuran la UTE, al ser la responsabilidad de sus

se está demandando también a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa”<sup>65</sup>. Ello es consecuencia de la ausencia de personalidad jurídica y del régimen de responsabilidad de la UTE: los miembros responderán subsidiaria, solidaria e ilimitadamente.

Por tanto, las UTEs y sus integrantes pueden participar en un proceso como demandados. Pero surge una segunda cuestión: ¿pueden los miembros de la UTE demandar a la propia unión? En este caso existiría un conflicto de intereses dado que la empresa que forma parte de la unión estaría demandándose a sí misma. En principio, este problema interno se resuelve por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 31 de enero de 2018 del siguiente modo: “Tampoco puede tomarse en consideración la alegada falta de legitimación pasiva de la UTE, por falta de personalidad jurídica propia, de capacidad de obrar y de responsabilidad respecto de los actos de sus miembros...”. En síntesis, se acepta que los miembros de la UTE demanden a la unión. Esto se dará sobre todo ante controversias suscitadas en el interior de la unión y, por tanto, en materia mercantil, tales como impugnaciones de acuerdos adoptados por los órganos, incumplimiento de estatutos, etc.

## **2. La acreditación de la solvencia**

### *2.1. La solvencia como requisito de la contratación pública y su problemática aplicación a las UTEs.*

Toda empresa que acuda a una licitación pública debe mostrar una serie de garantías a la Administración de que puede realizar el contrato con las debidas condiciones de calidad. Entre estas garantías una de las más importantes, sino la que más, es la solvencia. El artículo 74 LCSP impone la obligación de “acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido

---

integrantes directa y solidaria, de suerte que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los mismos (SAP Baleares 7 de septiembre de 1999).

<sup>65</sup> Se señala además en “Unión Temporal de Empresas (UTE)” (*Memento Sociedades Mercantiles 2022*. Lefebvre, cap. 32. 2022) que es posible que actúe en el proceso solamente la UTE, o las empresas, o conjuntamente estas con aquella, sin que ello deba suponer la apreciación de ningún defecto de legitimación”.

por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

La solvencia tiene una doble vertiente:

- Económica y financiera: garantiza que el futuro contratista cuenta con capacidad económica y financiera suficiente para responder en caso de incumplimiento.
- Técnica o profesional: garantiza que el contratista tiene la aptitud profesional y técnica que requiere la buena ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En todo caso, la solvencia estará vinculada al objeto del contrato<sup>66</sup>. Para acreditar la solvencia existen distintos medios en los artículos 86 y siguientes LCSP<sup>67</sup>. Por ello, los órganos de contratación deben informar de la solvencia exigida en el anuncio de licitación y la detallarán en los pliegos del contrato<sup>68</sup>.

Es importante diferenciar los requisitos de solvencia de los de capacidad. Mientras que la solvencia asegura la eficaz ejecución del contrato por la adjudicataria, la capacidad para contratar supone la posibilidad de participar en la licitación pública, independientemente si resulta adjudicataria o no. Es decir, son “requisitos y obligaciones que todo empresario ha de cumplir para contratar con una Administración Pública”<sup>69</sup>. En el caso de las UTEs, la capacidad para contratar es exigible a todas y cada una de las empresas o personas físicas que la componen<sup>70</sup>. Estos requisitos son, entre otros, los siguientes: capacidad de obrar, confidencialidad de los datos, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, estar al corriente en el

---

<sup>66</sup> A modo de ejemplo, la exigencia de solvencia será diferente en contratos de suministro que en un contrato de construcción de un hospital, por ejemplo. Por ello, la solvencia deberá ser proporcional y vinculada al objeto del contrato.

<sup>67</sup> También es posible un procedimiento simplificado, rápido y eficaz a la hora de acreditar la solvencia, que es a través de la clasificación del empresario en un grupo o subgrupo de acuerdo con los artículos 77 y ss. LCSP. Este instrumento ya lo he mencionado en los puntos anteriores y lo desarrollaré más adelante. Es, como se advierte en “Unión Temporal de Empresas (UTE)”. *Memento Sociedades Mercantiles 2022*. Lefebvre, cap. 32. 2022., “un instrumento de control y verificación de su solvencia para la celebración de contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo”. La clasificación se exige a las empresas contratistas que pueden formar la UTE, pero no a las UTEs constituidas al efecto. Es decir, una UTE no va a poder clasificarse, sino que estarán clasificadas sus integrantes.

<sup>68</sup> Es posible exigir una solvencia distinta en contratos con fases sucesivas de ejecución, ya que se entiende que cada fase requiere medios o capacidades distintas. Ante ello los empresarios deben garantizar su solvencia al inicio de cada fase. En caso contrario se resolverá el contrato (artículo 86.3 LCSP).

<sup>69</sup> Sentencia Tribunal Supremo del 21 de junio de 2021.

<sup>70</sup> Véase los informes de la JCCA del Estado 46/1999 o 26/2012, entre otros.

cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, etc. Obviamente, las prohibiciones de contratar del artículo 71 LCSP supondrán incapacidad para contratar.

Los empresarios que licitan como UTE bajo la condición de constituirse como tal (si resultan adjudicatarias) deberán acreditar su solvencia para poder participar en el proceso de licitación. En este contexto, se plantean una serie de cuestiones en relación con las UTEs y la acreditación de la solvencia: ¿cómo acredita su solvencia la unión si no tiene personalidad jurídica? ¿deben cumplir todos los integrantes los requisitos de solvencia, o es suficiente con que una empresa miembro cumpla todos, o que cada empresa cumpla un requisito?

Respondiendo a la primera cuestión, las UTEs constituidas al efecto no deben cumplir los requisitos de solvencia, sino que tales requisitos deberán cumplirse por las empresas que agrupan la UTE<sup>71</sup>. Sería difícil imaginar cómo puede acreditar la UTE su solvencia en aquellos casos en los que sólo se constituiría si resulta adjudicataria del contrato. Respecto a la segunda cuestión, cabe decir que es una de las cuestiones más problemáticas en relación a las UTEs y la contratación pública, que ha provocado una variopinta jurisprudencia y una gran controversia doctrinal. Actualmente todavía existe incertidumbre sobre este tema.

Además de la LCSP, es el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP en adelante) la normativa que determina la solvencia exigida a las UTEs. Por un lado, su artículo 24.1 indica que “cada uno de los que la componen (la UTE) deberá acreditar su capacidad y solvencia..., acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma...”.

Existe cierta contradicción, dado que primero señala que “cada uno deberá acreditar su capacidad y solvencia”, pero posteriormente añade sobre la solvencia que se acumularán “las características acreditadas por cada uno de los integrantes”. Este es el punto de debate: ¿se exige a todas las empresas que conforman la UTE cumplir individualmente la solvencia requerida, o se considera suficiente cumplir la solvencia requerida de manera conjunta? Como desarrollaré a continuación, la regla general será

---

<sup>71</sup> Como señala el Informe 3/2019 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, “al no tener la UTE personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia, han de referirse a los miembros que la conforman y la solvencia de la que careciera alguno de ellos puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE”.

la de acumulación de la solvencia por parte de las empresas que forman la UTE, pero exigiéndose que todas las empresas presenten un mínimo de solvencia<sup>72</sup>.

## *2.2. La regla de la acumulación y la solvencia mínima.*

La acreditación de la solvencia es, como digo, una de las cuestiones más controvertidas de las UTEs hoy en día. Ni doctrina ni jurisprudencia han conseguido establecer un criterio unánime, y la normativa resulta insuficiente para dar una respuesta única. La jurisprudencia critica su redacción y la califica de enrevesada<sup>73</sup>, lo que provoca que en las propias decisiones de los órganos jurisdiccionales y administrativos se observen diversas opiniones, interpretaciones y matizaciones.

En cualquier caso, se observa una cierta aceptación de la regla de la acumulación de la solvencia tanto por parte de la jurisprudencia española como europea. La sentencia del TS del 21 de junio de 2021 trae a colación jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual se advierte “una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades...”. Con apoyo de la máxima autoridad judicial europea, el Tribunal Supremo entiende que “negar la posibilidad de que se acumulen las capacidades técnicas de las empresas que concurren como UTE resulta injustificado y vulnera los principios de funcionalidad, complementariedad de las capacidades y proporcionalidad”<sup>74</sup>. Por tanto, se favorece a la UTE permitiendo la acumulación de solvencia sin que cada empresa miembro cumpla individualmente con la misma<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Resulta interesante la sentencia 816/2011 del TSJ de Cataluña a modo de observar un tratamiento diferente en dos formas de colaboración empresarial, la cual determina respecto a las agrupaciones de interés económico la imposibilidad de acumular las características de sus miembros.

<sup>73</sup> Véase Sentencia Tribunal Supremo del 21 de junio de 2021. También el TACRC ha podido expresarse sobre esta cuestión en varias ocasiones (resolución nº 337/2016, resolución nº913/2016, entre otras). En su resolución nº 337/2016 critica la regulación del RGCAP en los siguientes términos: “deficiencias en la redacción”, “contiene proposiciones contradictorias”, etc.

<sup>74</sup> No obstante, también se señala que “esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- que el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos”. En este punto se empieza a advertir la necesidad de analizar caso por caso.

<sup>75</sup> Advierte además que en cuestiones como los del caso de la STS del 21 de junio de 2021 caben supuestos muy distintos: “la casuística imaginable es variada, como variado es el posible objeto de los contratos o el elenco de circunstancias... Por ello no hemos pretendido formular aquí una doctrina interpretativa más amplia, que habría de dar respuesta a una casuística muy variada, y nos hemos limitado a resolver el recurso atendiendo a las circunstancias del caso”. Con esta última matización el Tribunal parece evitar dar respuesta al problema de la solvencia de las UTEs. Ello, en mi opinión, permite entender que estos supuestos deban analizarse caso por caso, en función de las circunstancias, el objeto del

La regla de la acumulación es, en mi opinión, la más acorde con la razón de ser de las UTEs y la propia contratación pública. Cabe recordar que entre los fundamentos de las UTEs se encuentra el de la unión de varios empresarios para realizar un proyecto que de manera individual no podrían realizar o que les sería sumamente complejo. Como expresa la Resolución 556/2013 del TACRC, “uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales”. Si no se permitiera acumular, o mejor dicho, unir las capacidades de las empresas, lo más probable es que desistan a formar una UTE ya que el sentido de la colaboración desaparece porque se ve trabado, en este caso, por las exigencias de solvencia<sup>76</sup>.

La finalidad que se pretende con la regla de la acumulación es sumar la capacidad y la solvencia de todos y cada uno de los integrantes de una UTE. Si de esa suma, de la acumulación de las mismas, resultase que la UTE cumple con la capacidad y solvencia exigida en el pliego quedará garantizada la capacidad de la empresa adjudicataria para cumplir el objeto del contrato (Informe 3/2019 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía). Esta regla de la acumulación entiende la doctrina<sup>77</sup> que es un reflejo de la solidaridad como elemento básico de responsabilidad de las UTEs.

Por tanto, la regla de la acumulación supone la posibilidad de sumar las solvencias de todas las empresas que forman la UTE para cumplir con las exigencias del contrato administrativo en cuestión. Pero esta regla se ve matizada con el requisito de solvencia mínima (o mínima solvencia).

La solvencia mínima supone que cada uno de los integrantes debe garantizar un mínimo de solvencia por sí mismo. Es decir, no podrá darse el caso en el que una

---

contrato, etc. Esto no favorece en absoluto a la seguridad jurídica y obviamente tampoco resuelve la cuestión de la solvencia requerida a las UTEs.

<sup>76</sup> “No cabe duda que la unión de empresarios respecto a los requisitos de capacidad y solvencia se dirigen a la situación en la que una empresa careciera alguno de ellos, pudiendo completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE”. Informe 3/2019 Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía.

<sup>77</sup> Véase DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Las uniones temporales de empresarios: la solidaridad como elemento esencial”. *Revista de la Asamblea de Madrid*, Nº 8, junio de 2013, p. 9. En sentido divergente se pronuncia un sector doctrinal como Catalá Martí, J. V.: “La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de contratos del sector público”. Thomson-Civitas, 2008, Capítulo VI, El contratista, p. 110 a 112.



empresa cumpla con la solvencia exigida por sí misma y el resto que forman la UTE no acrediten ni siquiera un mínimo<sup>78</sup>.

Esta tesis es seguida por el Tribunal Supremo (sentencia de 5 de noviembre de 2014) que entiende que los integrantes de la UTE deben cumplir un mínimo de solvencia exigida, sin perjuicio de que para cumplir la totalidad de los requisitos exigidos por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares<sup>79</sup> se permita la suma de todos los integrantes de la UTE. Es decir, para que opere la regla de la acumulación todas las empresas deben tener un mínimo que acumular. Así mismo se expresa el Informe 3/2019 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, determinando que “la norma general es la de la acumulación”, aunque para esa regla es necesario que “cada uno de los integrantes de la UTE tengan algún tipo de solvencia que pueda acumularse a la misma”<sup>80</sup>.

La regla de la acumulación junto a la solvencia mínima exigida da lugar a la siguiente conclusión: la necesidad de que los miembros de la UTE acrediten por sí mismos algún tipo de solvencia, ya sea la económica y financiera o la técnica o profesional, para poder realizar la acumulación. Por ello, las Juntas Consultivas y los órganos de resolución, tanto administrativos como judiciales, afirman que para que la UTE pueda licitar es necesario un mínimo de solvencia acreditada por cada empresa<sup>81</sup>:

- Respecto de la solvencia técnica o profesional, con el criterio flexible de que la relación que tenga con el objeto del contrato pueda ser directa o indirecta siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato.
- Respecto de la solvencia económica y financiera también se exige a cada uno de los componentes de la UTE, lo cual es obvio dada la responsabilidad solidaria de todos los componentes de la UTE tanto frente a la administración como frente a terceros.

---

<sup>78</sup> No obstante, en otras sentencias minoritarias del Tribunal Supremo, como la sentencia 11 de mayo de 2005, la solvencia se entiende acreditada solamente con que uno de los empresarios miembros de la UTE reúna y cumpla con los requisitos exigidos en los pliegos.

<sup>79</sup> Estos pliegos, también conocidos como PCAP, son documentos de la licitación dónde se incluyen los pactos y condiciones que definen los derechos y deberes de las partes del contrato, la definición del objeto del contrato, el presupuesto de licitación, la duración, etc.

<sup>80</sup> En su apoyo cita la resolución 120/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y la Resolución 556/2013 del TACRC.

<sup>81</sup> La exigencia de solvencia mínima también se muestra presente en la utilización de medios externos del artículo 75 LCSP. Tanto la JCCA del Estado en su informe 6/2010 como el TACRC en su Resolución 107/2012 consideran que para esta posibilidad de emplear medios externos es “requisito indispensable para contratar con el sector público que se acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios”.

El problema consiste en delimitar la solvencia mínima como concepto jurídico indeterminado. Es decir, qué solvencia debe garantizar cada empresa para que esta se pueda acumular. No puede ser la que se establezca en el contrato con carácter general ya que, como he dicho, si las empresas cumplieran individualmente con esa solvencia no formarían una UTE. Por tanto, una posible solución es que los pliegos señalen qué solvencia deben cumplir individualmente las empresas en el caso que se presente a la licitación una UTE. No obstante el problema sigue siendo cómo modular el mínimo.

### *2.3. Otras formas de acreditación de la solvencia.*

#### *2.3.1. La clasificación.*

La clasificación es una posibilidad para las empresas que se presentan a un determinado tipo o clase de contrato de acreditar que son idóneos para ejecutar el mismo. Como he señalado, este es un procedimiento simplificado, rápido y eficaz a la hora de acreditar la solvencia, que es a través de la clasificación del empresario en un grupo o subgrupo de acuerdo con los artículos 77 y siguientes LCSP.

El RGCAP establece en su artículo 52<sup>82</sup> que “será requisito básico para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes en las UTEs, y en concreto para su clasificación por el órgano de contratación,..., que todas las empresas que concurren a la licitación del contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación, salvo cuando se trate de empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea...”<sup>83</sup>. Ello supone que “todas las empresas” deben estar clasificadas para operar esta norma. Es fundamental recordar que son las empresas, no la UTE, quienes deben cumplir el requisito de clasificación. Es decir, una UTE no va a poder clasificarse, sino que estarán clasificadas sus integrantes.

También el citado artículo prevé la posibilidad de que se exija un determinado subgrupo o varios. Respecto al primer supuesto, cuando un integrante de la UTE esté clasificado en ese subgrupo la UTE alcanzará la clasificación exigida, es decir, es

---

<sup>82</sup> También la LCSP contempla en el artículo 69 apartados 5, 6 y 7 el régimen de la clasificación, que es básicamente el mismo que señala la reglamentación citada.

<sup>83</sup> Respecto a las empresas europeas y demás no nacionales se evita exigir el requisito de la clasificación ya que podría suponer una restricción a las libertades económicas europeas, en concreto a la libertad de prestación de servicios (artículos 56 a 62 TFUE).

suficiente con que una de las empresas cumpla con este requisito. Respecto al segundo caso, si se exigen varios subgrupos y los integrantes de la UTE están clasificados en diferentes subgrupos, la UTE alcanzará la clasificación en todos los subgrupos.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 2 de febrero de 2005, ha seguido un criterio más flexible sobre la clasificación que a la hora de interpretar la solvencia requerida a UTEs. En este caso, parece que se pueden acumular las características de las distintas empresas que componen la UTE si todas ellas, individualmente, cumplen los requisitos para contratar con la Administración. La propia norma señala que “será requisito básico para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes en las uniones temporales de empresas, y en concreto para su clasificación por el órgano de contratación,..., que todas las empresas que concurran a la licitación del contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación...”. Es decir, se posibilita la acumulación de las empresas, estando clasificadas, formen una UTE.

No obstante lo anterior, se han producido ciertas complicaciones a la hora de presentar ofertas por uniones que están conformadas por empresas clasificadas y no clasificadas. Tanto la doctrina como la Junta Consultiva de Contratación Pública Estatal (JCCA) como el TACRC establecen la imposibilidad de sumar la solvencia de empresas clasificadas y no clasificadas. Muestra de ello es el Informe 38/2016 JCCA del Estado sobre la forma de acreditar la solvencia por parte de una UTE en aquellos procedimientos en que la clasificación sea optativa: “la clasificación como mecanismo de acreditar la solvencia y las reglas generales que prevé la LCSP no se pueden mezclar porque no existe normativamente ningún criterio para hacerlo”. Por ello, la clasificación de las empresas debe darse en todo momento del procedimiento de contratación. Si en el momento de adjudicación (y por extensión, en cualquier otro durante la licitación) una de las empresas de la UTE “carezca de la clasificación exigida... basta para que concurra un vicio de nulidad de pleno derecho”<sup>84</sup>.

Ello además ha provocado complicaciones a empresas comunitarias (a las que no se exige clasificación) en una UTE con empresas nacionales (a las que sí se les puede exigir clasificación)<sup>85</sup>. El TACRC resolvió la cuestión en su Resolución 867/2016

---

<sup>84</sup> JCCA del Estado Informe 29/2002.

<sup>85</sup> El artículo 69.5 LCSP establece una discriminación inversa (permitida por el derecho europeo) ya que se obliga a clasificarse a empresas españolas pero no a empresas comunitarias, de Estados

dispensando a las empresas comunitarias de la clasificación pero debiendo acreditar la correspondiente solvencia, mientras que a los empresarios nacionales les será exigible la clasificación.

### 2.3.2. Los medios externos.

La Ley permite la posibilidad de acreditar la solvencia a través de medios externos, es decir, mediante una empresa diferente a la de los empresarios que licitan. Esta posibilidad se recoge en el artículo 75 LCSP y permite acudir a una licitación y presentar una oferta basándose en la solvencia de otras entidades, asegurando que la ejecución del contrato se realizará mediante el trabajo de dichas entidades<sup>86</sup>.

La figura de los medios externos podría confundirse con el objeto de las UTEs, y es por ello que la Ley aclaró en un inciso del susodicho artículo lo siguiente: “En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal”. Es decir, se concibe a las UTEs como un empresario al efecto, y en esa condición puede acudir a otras entidades para que integren su solvencia como medio externo. No existe una confrontación de las dos figuras legales, sino que el artículo 75 queda a disposición de las UTEs. Las únicas condiciones que se le imponen, al igual que al resto de empresarios, es que –independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo que les une– demuestren mediante la presentación de un compromiso del medio externo que dispondrán durante toda la ejecución del contrato de la solvencia, y que el medio externo no esté incurso en una prohibición de contratar.

### 2.3.3. La subcontratación.

Cabe, además, diferenciar otra figura jurídica de las UTEs y los medios externos: la subcontratación. Este instrumento permite al contratista una mayor flexibilidad y diferentes opciones de organización a la hora de ejecutar el contrato, lo que se traduce en una reducción de costes. El objeto de la subcontratación, regulado en el artículo 215 LCSP, es la posibilidad de concertar con terceros la realización parcial del contrato. Por tanto, las UTEs, pese a que se unen para ejecutar de forma conjunta un

---

signatarios del Espacio Económico Europeo, etc. En opinión de algunos autores ello vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

<sup>86</sup> Además de emplear medios externos para ejecutar los trabajos es posible emplearlos para acreditar la solvencia económica “siempre que pruebe fehacientemente que puede disponer de los fondos económicos de esta tercera empresa” (TSJ Madrid sentencia contencioso-administrativo 5 de noviembre de 2014).

contrato y en principio debería ser suficiente con tal asociación, pueden también subcontratar. Para tal posibilidad es necesario que se cumplan los requisitos establecidos legalmente, y en su caso los determinados en los pliegos de contratación, y que no suponga una restricción efectiva de la competencia<sup>87</sup>.

### **3. Modificaciones en la UTE y su incidencia en la contratación pública**

Las modificaciones en la composición de la UTE son una cuestión de su organización y funcionamiento interno pero que tiene consecuencias externas, especialmente en la contratación pública<sup>88</sup>. Ello ha generado problemas a la hora de determinar qué sucede cuando un miembro de la UTE abandona la misma o se declara insolvente, o cuando entran nuevos miembros a la unión a través de la cesión del contrato.

Existe una gran cantidad de supuestos de modificaciones de la UTE con relevancia sobre la contratación pública. Para su análisis he seguido el modelo de la LCSP, agrupando las posibles modificaciones de una Unión en dos grupos en función del momento en el que se producen<sup>89</sup>: cambios en la UTE antes de la adjudicación (o durante la tramitación del procedimiento) y cambios en la UTE tras su adjudicación (o tras la formalización del contrato con la UTE).

#### *3.1. Modificaciones anteriores a la adjudicación*

##### *3.1.1. Entrada, salida o sustitución de empresas integrantes.*

Como regla general, el artículo 69.8 LCSP establece que si se produce una modificación en la composición de la UTE antes de la adjudicación esta quedará excluida de la licitación. No obstante, aclara que si no se afecta la clasificación exigida

---

<sup>87</sup> Ejemplo de ello sería cuando empresas que podrían licitar optan por no hacerlo –o de forma menos competitiva de lo que podrían y deberían– prefiriendo actuar como subcontratistas con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

<sup>88</sup> Como señala el Informe 56/2013 de la JCCA del Estado, la UTE es un sistema de colaboración que se basa en un acuerdo de voluntades entre empresas y que “se articula en dos vertientes, *ad intra*, mediante el propio contrato de Unión Temporal de Empresas que suscriben sus integrantes, y, *ad extra*, mediante la participación de esa Unión Temporal de Empresas en el procedimiento de licitación contractual”.

<sup>89</sup> La LCSP dedica el apartado 8 del artículo 69 a las modificaciones anteriores a la adjudicación del contrato, mientras que el apartado 9 regula las modificaciones posteriores a la adjudicación.

a las empresas no se considera modificación la alteración en la participación de las empresas y por tanto no se produce exclusión del procedimiento.

Por tanto, en la mayoría de los casos, la UTE no se podrá modificar sino hasta la formalización del contrato. Una modificación en los componentes durante la licitación se entiende como una modificación de la oferta y por ello se excluirá a todas las empresas participes en la UTE.

La reciente resolución del TACRC nº 148/2022 es muy ilustrativa al determinar que se produce una modificación sustancial en la UTE, y por tanto implica su exclusión, cuando “se incremente o reduzca el número de entidades” pero también cuando “una o varias empresas sean sustituidas por otra u otras”<sup>90</sup>.

No obstante, y de acuerdo con lo establecido en el 69.8 LCSP, “no procederá la exclusión cuando se altere la participación, y ello con independencia del alcance de la misma”. De este modo, se podrá alterar la participación de los miembros en la propia Unión, incluso de un 40/60 inicial a un 99/1, sin que suponga la exclusión de la licitación. Se permite pues un cambio en la organización interna de la Unión entre las empresas ya integrantes, mientras que la salida o entrada en la Unión es una modificación no permitida por la LCSP.

### 3.1.2. Fusión, escisión o transmisión de empresas integrantes de la UTE.

El segundo inciso del 69.8 LCSP indica que las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad que sean objeto de alguna o algunas empresas de una UTE no impedirán la continuación de la misma en el procedimiento de adjudicación<sup>91</sup>. Esta posibilidad legal se explica, como señala la JCCA Cataluña en su

---

<sup>90</sup> Anteriormente, el Tribunal Supremo, valoró un caso en el que una de las dos integrantes de la UTE presentase su renuncia a la participación en la licitación pública. Permitió adjudicar el contrato a la empresa restante “por no existir prohibición legal ni reglamentaria al respecto” (Sentencia de 26 de abril de 2001). Ello fue sumamente criticado ya que la doctrina considera “insuficiente argumentación jurídica la inexistencia de prohibición expresa”, teniendo en cuenta la escasa regulación jurídica con la que contaban las UTEs en el ámbito de la contratación pública (PÉREZ-PAREDES, E., “Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública”. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, nº 4, 2012, págs. 361-402). Esto ha evolucionado progresivamente hasta el régimen de hoy en día. Coincidente con la línea actual es el Informe 8/2005 de la JCCA Cataluña en el que se afirma que “la renuncia de una de las empresas integrantes de una UTE durante el procedimiento de licitación determina la exclusión de la Unión, ya que admitido un cambio en este sentido se podrían producir otros...”. Además, recuerda que las únicas alteraciones permitidas por la Ley “son las relativas a la fusión, escisión y transmisión de patrimonio empresarial, entre las que no cabe subsumir la renuncia de una integrante de la UTE a la adjudicación del contrato”.

<sup>91</sup> El Informe 13/2009 de la JCCA Cataluña aclara muy bien el concepto de alteración o modificación de una empresa de la UTE, estableciendo lo siguiente: “se producen alteraciones o modificaciones que afectan a una determinada sociedad ya existente que cambia la forma, se integra o se

Informe 13/2009, a que se mantiene la personalidad jurídica de las empresas o se da continuidad a las mismas que han sido miembros de la UTE. Debe haber por tanto un vínculo, una relación, para permitir que las empresas resultantes de tales operaciones mercantiles continúen siendo parte de la UTE y de la licitación administrativa. Por otro lado, en el caso en el que “la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida”.

Por tanto puede decirse del régimen sobre la modificación de las UTEs de la LCSP, al menos respecto a estas operaciones mercantiles, es flexible y permisivo<sup>92</sup>. Favorece en gran medida la libertad de empresa permitiendo tales cambios siempre y cuando las nuevas empresas cumplan los siguientes requisitos: tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en prohibiciones de contratar del artículo 71 LCSP y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

### 3.1.3. Desistimiento de una empresa.

Otro supuesto posible es que durante la tramitación de la licitación una de las empresas miembro de la UTE desista. Es decir, que una empresa se retire de la oferta pública y por tanto abandone la Unión temporal (o viceversa). No habría problemas mercantiles al respecto, ya que la UTE es un acuerdo de voluntades de varios empresarios que se unen para realizar un proyecto, por lo que a tenor de la voluntad que cada empresa conserva durante toda la relación es posible renunciar a seguir formando parte de la unión.

Sin embargo, pueden surgir cuestiones administrativas en relación al proceso de adjudicación. Como he señalado, una modificación en la UTE produciría la exclusión del procedimiento, y la salida de una empresa comporta una modificación. Por ello debemos preguntarnos si la salida de un miembro de la UTE excluye a la misma de la

---

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”.

<sup>92</sup> El Informe 1/2016 de la JCCA Canarias señala “(parece)... 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”. En esta misma línea opina la Abogacía General del Estado en su Dictamen A.G. Fomento 8/12 (R-728/2012): “para el legislador lo relevante,..., es la satisfacción del interés público al que responde la contratación, esto es, la completa y adecuada ejecución del contrato”.

contratación pública. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de abril de 2001 establece que “es viable jurídicamente que una de las empresas integrantes de la UTE se aparte libremente de un contrato suscrito con la Administración”.

Esta sentencia sólo analiza el caso en el que el contrato está adjudicado y formalizado a favor de la UTE, de tal modo que las empresas pueden desvincularse de la UTE y por tanto del contrato en cualquier momento (sin perjuicio de la responsabilidad que puede existir de acuerdo con el régimen solidario de la unión).

Es preciso pues analizar la Resolución del TACRC 215/2013, que recoge la doctrina del Tribunal en anteriores resoluciones<sup>93</sup> y atiende el desistimiento anterior a la adjudicación: “el desistimiento de uno de los integrantes de una UTE que haya concurrido a una licitación no es, en principio y con abstracción de otras consideraciones, óbice insalvable para que pueda realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentan la clasificación o la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y cumplen con el resto de los requisitos previstos para los adjudicatarios, siempre que ello no implique una modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE, lo cual sería contrario a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP”.

Según esta doctrina, aun produciéndose la salida de una empresa de la unión el resto de las empresas pueden continuar en el procedimiento administrativo y ser adjudicatarias siempre y cuando se cumplan los requisitos de solvencia o clasificación y no se modifique la oferta inicial<sup>94</sup>. Por tanto, en uniones compuestas por varias empresas es posible seguir esta regla, pero aquellas uniones compuestas únicamente por dos empresas, o en las que la empresa saliente constituía un papel importante en la oferta, difícilmente podrán ser adjudicatarias. Muestra de ello es la Sentencia de la

---

<sup>93</sup> A saber, resoluciones 107/2012 y 131/2012. En el mismo sentido se dirige el Tribunal Supremo (sentencia 23 de enero de 2012), al entender que “la oferta -y la eventual adjudicación a su favor- lo era de la unión temporal de empresas y la solidaridad entre ellas determina que la incapacidad sobrevenida de una, no suponga necesariamente la resolución contractual si las demás pueden cumplir con las obligaciones de la quebrada”.

<sup>94</sup> La jurisprudencia europea recoge esta misma doctrina en la Sentencia del TJUE, Asunto C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, entendiéndolo “factible la desaparición de la relación obligacional de la empresa afectada por su entrada en concurso, mediante la reorganización interna de la UTE”. Considera que como “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...” y por ello, “que desaparezca un miembro de la UTE no es una modificación sustancial del contrato mientras no implique una modificación sobrevenida de la oferta; lo cual sería contrario a los principios de igualdad y no discriminación implica la modificación de la oferta”.



Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2014 la cual excluye a la UTE compuesta por dos empresas por modificación en las condiciones de la oferta al abandonar la Unión una de las empresas. Esta línea se sigue en la Resolución 281/2019 por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (en relación con su Resolución 116/2016) en el que se produce un cambio del contratista mediante el cual se acreditaba la habilitación profesional requerida, determinando la exclusión de la adjudicación. También resulta de interés la Resolución 132/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid que resuelve un caso excluyendo del procedimiento a la UTE por modificación de la oferta al retirarse una empresa de la UTE e incluirse una subcontratación que previamente no existía (con el objeto de subsanar la salida de la otra empresa).

3.1.4. Disolución, insolvencia o concurso de acreedores de una empresa antes de la adjudicación.

En los supuestos de disolución de una de las empresas integrantes de la UTE la doctrina considera que le corresponde a la Administración valorar la causa de dicha disolución<sup>95</sup>. Generalmente, al participar con otras empresas, se permite la continuación de la UTE en el procedimiento administrativo, de acuerdo con lo señalado anteriormente, siempre y cuando los restantes partícipes continúen cumpliendo los requisitos de capacidad, solvencia o clasificación, pero sin contar con lo aportado por la empresa disuelta.

Cabe también la posibilidad de que alguna de las empresas miembro de la UTE se declare en concurso de acreedores durante el procedimiento de licitación. Esta cuestión se prevé en la LCSP en el artículo 69.9 apartado c), y viene a establecer que cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la UTE se declaren en concurso de acreedores se continuará el contrato siempre y cuando las empresas restantes cumplan con los requisitos de solvencia o clasificación. Por tanto, lo que es seguro es que se permite tal posibilidad una vez adjudicado el contrato, pero debe preguntarse si es posible que el resto de empresas de la unión pueden continuar con su oferta. Es decir, si durante la licitación se declara en concurso una empresa.

---

<sup>95</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Las uniones de empresarios en la contratación administrativa*. Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2004.

Esta cuestión se resuelve por el TACRC en su Resolución 131/2012 (basándose en su Resolución 107/2012) en la que se plantea dicha posibilidad de adjudicar a una de las dos integrantes de la UTE por hallarse la otra en concurso de acreedores. Por tanto, todos los supuestos en las que una empresa deja de ser parte de la UTE, independientemente de la razón de su salida (renuncia, declaración en concurso, etc.) se analizará si la UTE puede seguir siendo parte en el procedimiento, es decir, si las empresas restantes cumplen los requisitos de solvencia o clasificación y no se ha producido una modificación de la oferta<sup>96</sup>. En este asunto, el TACRC concluye que no se puede adjudicar el contrato debido a que una de las integrantes de la Unión ha incurrido en causa de prohibición de contratar. No obstante, e independientemente de la resolución del caso, no sería posible aceptar la situación en la que dos empresas que forman la UTE, siendo una declarada en concurso e imposibilitando su continuación en la unión, que la otra continuase en la licitación. Se presupone que las dos empresas que se unen lo hacen precisamente porque carecen de capacidad para presentarse individualmente al contrato. De lo contrario, serían dos empresas competentes que estarían infringiendo la defensa de la competencia.

Pero en el supuesto en el que la UTE está integrada por más de dos empresas, si una de las empresas se declara en concurso habría que valorar la situación del resto de empresas. Es decir, deberá valorarse si es posible, pese a la salida de la Unión de la empresa en concurso, que el resto de empresas puedan continuar en la licitación y optar a la adjudicación del contrato. Para ello deben cumplir con los requisitos ya citados anteriormente, que no serán otros que las empresas restantes tengan capacidad de obrar, la solvencia o clasificación exigida, y no estén incursas en alguna prohibición de contratar.

En conclusión, el régimen de las modificaciones de la UTE anterior a la adjudicación ofrece un esquema complejo. No se admiten las modificaciones voluntarias de la UTE, es decir, la entrada de nuevas empresas, la salida de otras, o la sustitución, durante la tramitación del procedimiento administrativo. Ello provocaría la exclusión del mismo. No obstante, se acepta con carácter general la salida de empresas de la Unión por retirada, disolución de la empresa o insolvencia. En esos casos se

---

<sup>96</sup> Véase Resolución nº 132/2019 TACP Madrid: “Por tanto la admisión de la oferta de la UTE, tras la modificación quedaría condicionada al mantenimiento de la misma en todos sus términos y a que las empresas resultantes reúnan los requisitos de solvencia”.

examinará si el resto de integrantes de la UTE cuentan con capacidad y solvencia suficiente, en este caso sin contar a la empresa que sale.

### *3.2. Modificaciones posteriores a la adjudicación*

Una vez formalizado el contrato administrativo con una UTE se deberán observar las reglas de modificación del artículo 69.9 LSCP para cada uno de los supuestos catalogados.

#### 3.2.1. Aumento, disminución o sustitución de las empresas integrantes de la UTE

La modificación de la composición que suponga un aumento o disminución del número de empresas, o la sustitución de empresas, estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Autorización previa y expresa de la Administración;
- 2) Haber sido ejecutado el 20% del importe del contrato, o la quinta parte del plazo de explotación en concesiones;
- 3) Que se mantenga la solvencia o clasificación exigida;
- 4) Que las nuevas empresas tengan plena capacidad de obrar y no concurren en prohibiciones de contratar.

Por tanto, al contrario que antes de la adjudicación, se permite la entrada, salida y sustitución de empresas, aunque de manera condicionada.

#### 3.2.2. Fusión, escisión o transmisión de empresas integrantes de la UTE

De igual modo, el segundo apartado determina la continuación del contrato en los supuestos de fusiones, escisiones o transmisiones de empresas que componen la UTE<sup>97</sup>. En los casos de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas

---

<sup>97</sup> Conviene recordar la definición otorgada por la JCCA Cataluña en su Informe 13/2009, señalada anteriormente: “las 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”. Por tanto, realmente se está manteniendo la personalidad jurídica de esas empresas y dando continuidad a las mismas en la Unión y el contrato administrativo.

integrantes de la unión temporal, será necesario que cumplan con los tres requisitos citados: plena capacidad de obrar, que no estén incurso en prohibición de contratar, y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida, pero en este caso no se requerirá la autorización de la Administración.

### 3.2.3. Cesión de la posición de la empresa en la UTE.

Un aspecto importante en la modificación de la composición de las UTEs es la posibilidad de cesión de la posición de una empresa de la UTE<sup>98</sup>. En este caso se estaría produciendo la salida de una empresa de la UTE –el cedente–, y la inminente entrada de otra empresa, el cesionario, quedando subrogado en todos los derechos y obligaciones del anterior. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina de distintas Juntas Consultivas (como el Informe 1/2016 JCCA Canarias), se permitirá siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 214 LCSP (sobre cesión de contratos):

- Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.
- Que las cualidades –técnicas o personales– del cedente no hayan sido razón determinante en la adjudicación del contrato.
- Que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia.
- Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.
- Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. Además, el cesionario puede ser tanto una empresa que ya es

---

<sup>98</sup> Aunque no se encuentre en relación con lo apuntado, considero interesante hacer una puntualización en el régimen de cesiones de posición en las uniones. La opinión mayoritaria es que la cesión de la posición de una empresa en la UTE requiere el consentimiento de los demás miembros. Pero además, si el objeto de la UTE es la ejecución de un contrato administrativo, también se exigirá el consentimiento de la Administración (además del cumplimiento con la clasificación, capacidad de obrar, solvencia, etc.). Además, cabe decir que “La unión temporal de empresas como cualquier otro contratista podrá, cumpliendo los requisitos del 214 LCSP, ceder el contratos del que sea adjudicataria a tercero”. Es decir, de acuerdo con el Informe 1/2016 de la JCCA Canarias, las empresas que forman la UTE pueden de forma conjunta ceder el contrato de tal modo que al UTE ya no ejecutará el mismo. En caso de que ese contrato sea de otra naturaleza que la administrativa, se exigirá el consentimiento del tercero con quien se contrate.

parte de la Unión, aumentando su participación en la misma, o bien una empresa externa a la Unión que se integra en la misma<sup>99</sup>.

- Que la cesión se formalice en escritura pública<sup>100</sup>.

El régimen de las cesiones se aplica en los casos de renuncia por una empresa de la UTE a ejecutar el contrato, por la causa que sea<sup>101</sup>. En este régimen la opinión mayoritaria es que la cesión de la posición de una empresa en la UTE requiere el consentimiento de los demás miembros. Pero además, si el objeto de la UTE es la ejecución de un contrato administrativo, también se exigirá el consentimiento de la Administración (además del cumplimiento con la clasificación, capacidad de obrar, solvencia, etc.). Además, cabe decir que “La unión temporal de empresas como cualquier otro contratista podrá, cumpliendo los requisitos del 214 LCSP, ceder el contratos del que sea adjudicataria a tercero”. Es decir, de acuerdo con el Informe 1/2016 de la JCCA Canarias, las empresas que forman la UTE pueden de forma conjunta ceder el contrato de tal modo que al UTE ya no ejecutará el mismo. En caso de que ese contrato sea de otra naturaleza que la administrativa, se exigirá el consentimiento del tercero con quien se contrate.

3.2.4. Insolvencia o concurso de acreedores de una empresa de la UTE tras la adjudicación.

Finalmente, respecto a la declaración de insolvencia o concurso de acreedores de una de las empresas que integran la UTE se atenderá lo establecido en el apartado c) del artículo 69.9 LCSP. En principio, el contrato continuará siendo adjudicado a la UTE,

---

<sup>99</sup> ¿Puede cederse la posición a un miembro de la UTE? ¿Reúne un miembro de la UTE la condición de tercero? Sobre esta cuestión, la doctrina como PÉREZ-PAREDES, E., tiene ciertas dudas ya que la LCSP emplea el término de “tercero”, lo que trae dudas acerca de si las empresas que pertenecen a la unión y, por tanto, están unidas a la que renuncia, son “terceros” (“Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública”. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, nº 4, 2012, págs. 361-402). Ello es analizado por el Informe 1/2004 JCCA Baleares, resolviendo 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”. Es decir, 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.

<sup>100</sup> El negocio de la cesión supone un acuerdo entre dos empresas y por tanto la prestación del correspondiente consentimiento. Por ello, no es admisible que la Administración exija una cesión del contrato (Informe 1/2017 JCCA del Estado).

<sup>101</sup> Este tema se aborda en el Informe 1/2004 de la JCCA Baleares, alegando la renunciante imposibilidad técnica y económica.

ejecutando el mismo las empresas restantes siempre y cuando se cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos<sup>102</sup>.

Ya se ha expuesto anteriormente que las UTEs no pueden declararse en concurso de acreedores. Ello sólo puede ser de las personas jurídicas que la integran, es decir, de las empresas que componen la unión<sup>103</sup>. Por tanto, la declaración de concurso comportará la extinción de la relación de dicha empresa con la unión, lo que no impide que el resto de empresas de la UTE, cumpliendo los requisitos necesarios, puedan continuar ejecutando el contrato<sup>104</sup>. Esta conclusión es a la que llega el Tribunal Supremo a través de la sentencia de 26 de enero de 2017, entre otras<sup>105</sup>, y las juntas de contratación (véase el Informe 1/17 JCCA del Estado), dado que el “principio general de la contratación del sector público de asegurar la satisfacción del interés público al que responde la contratación, esto es, la completa y adecuada ejecución del contrato, siempre que la empresa o empresas restantes reúnan las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para su ejecución y se mantiene la oferta a favor de la que se decantó la adjudicación inalterada...”.

Por tanto, en el caso de que la empresa o empresas restantes no puedan cumplir con los requisitos para la continuación del contrato, se procederá a la resolución del contrato (artículo 211 LCSP). Este será el caso en el que la UTE esté compuesta

---

<sup>102</sup> La doctrina del TACRC sigue este principio en sus Resoluciones 107/2012, 215/2013, etc., al igual que el Tribunal Supremo (sentencia de 26 de abril de 2001), aplicándose el mismo régimen independientemente del momento de la adjudicación. Entienden que si una de las empresas integrantes de la UTE incurre en prohibición de contratar “no es óbice para impedir la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentaban la clasificación o solvencia económica, financiera y técnica exigida en el PCAP y cumplían el resto de requisitos previstos para los adjudicatarios, y siempre que ello no implicara una modificación sobrevenida de la oferta”. La misma conclusión se aplicaría en el supuesto de que alguna o algunas de las empresas que integran la UTE perdieran su capacidad.

<sup>103</sup> A parte de las consecuencias administrativas que analizo, obviamente existirán cuestiones mercantiles. La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su informe 09/2011 (apoyándose en la sentencia del TJUE: 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”.

<sup>104</sup> Además de las razones de interés público, puede defenderse la continuación del contrato de acuerdo con la cláusula del Decreto 3854/1970, que pese a ser preconstitucional continúa en vigor siempre y cuando no sea contraria a la Ley (LCSP) o disposiciones reglamentarias (RGCAP): “Cuando alguna de las Empresas que forman parte de una agrupación temporal quede comprendida en alguna de las circunstancias previstas en los números 4, 5 y 6 del artículo 157 del Reglamento General de Contratación, la Administración estará facultada para exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones pendientes del contrato a las restantes Empresas que formen la agrupación temporal o para acordar la resolución del mismo”.

<sup>105</sup> Informe 9/2011 JCCA Valencia se apoya en la línea jurisprudencial anterior a la Ley Concursal y entiende que “la declaración de concurso de uno de los miembros de la UTE no supone causa de resolución de contrato, ya que la adjudicataria del contrato es la UTE y no sus miembros. En esta misma línea, es decir, que estrictamente es la UTE la contratista o adjudicataria del contrato, y no sus miembros, se mueven la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2000 y la sentencia TSJ Islas Baleares 3 de octubre de 2000.

únicamente por dos empresas. Tal supuesto fue analizado por el Informe 1/2017 JCCA del Estado y determina que “tal circunstancia supone la extinción del acuerdo de voluntades que genera la propia unión temporal y, con ello, la desaparición automática de la misma y de una de las dos empresas que contrataron con la entidad pública y, ante esta circunstancia, la ley parece acudir al efecto de la resolución del contrato”. Ello parece lógico ya que las empresas que se constituyen como unión lo hacen para acudir conjuntamente a la licitación, acumulando sus capacidades, y si finalmente una desaparece, se presupone que la otra le es imposible cumplir con el contrato.

No obstante, el Informe 1/2017 JCCA del Estado –tras un análisis de la jurisprudencia tanto europea como nacional<sup>106</sup>– considera “jurídicamente” posible la “adjudicación a favor de un operador individual que inicialmente concurrió al procedimiento integrado en una Unión Temporal de Empresas. Para ello, debe mantenerse la oferta, reunir los requisitos legales y de los pliegos de solvencia, y poder ejecutar el contrato de manera individual. En mi opinión, si cumple todo ello significa que no era necesario que esa empresa se constituyera en UTE.

En cuanto a las consecuencias de la insolvencia o concurso de una empresa miembro de una UTE, el artículo 71 LCSP sobre prohibiciones de contratar trae importantes efectos negativos para las empresas hayan sido declaradas en concurso de acreedores, se hayan declarado insolventes o estén sujetos a intervención judicial o inhabilitadas conforme a la Ley Concursal. Se imposibilita la celebración de contratos públicos por las empresas que incurran en alguno de los supuestos del citado artículo, afectando también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas (por transformación, fusión o sucesión). Un sector de la doctrina<sup>107</sup> considera desproporcionado y no razonable que la

---

<sup>106</sup> Sentencia del TJUE de 24 de mayo de 2016, dictada en el asunto C-396/14 y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001, respectivamente. La JCCA del Estado considera que todo ello constituye “una medida excepcional y remedio último en materia contractual pública” a favor del interés público. La resolución del contrato, es decir, la facultad de la Administración de extinguir anticipadamente el mismo, debe “estar justificada por su excepcionalidad” (Informe 63/2011 JCCA del Estado). En el mismo sentido cito a la Abogacía General del Estado en su Dictamen 57/14 (R-791/2014). Por todo ello, el Informe 1/2017 JCCA del Estado concluye que no se debe admitir *ipso iure* de forma automática la resolución del contrato por un miembro de la UTE (en el caso del Informe por declaración de concurso y liquidación).

<sup>107</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Las uniones de empresarios en la contratación administrativa*. Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2004. Junto a ello, puede alegarse en defensa de la ejecución del contrato por las empresas afectadas el artículo 212.5 LCSP, el cual determina que, aun habiéndose declarado el concurso, la Administración, potestativamente, podrá continuar con el contrato si

“eventual insolvencia –provisional o definitiva– no culpable de uno de los partícipes de la UTE” invalide automáticamente la oferta formulada. Es por ello que se debe dar una oportunidad a los restantes partícipes de a UTE de ratificar la oferta presentada, y comprobar si la empresa con esa eventual insolvencia se recupera.

La prohibición de contratar de un miembro de la UTE tras la adjudicación del contrato –por tanto sobrevenida– no es causa de resolución de contrato. Se entiende que la prohibición no tiene efectos retroactivos, de tal modo que imposibilitará a una empresa contratar en el futuro con la Administración, pero no afectará a los contratos adjudicados y que se hallen en ejecución. Ello ha sido declarado en numerosas ocasiones por la JCCA del Estado, como por ejemplo en el Informe 22/2016.

En conclusión, en el régimen de las modificaciones de la UTE observamos dos regulaciones cuya relación se encuentra en el momento de adjudicación: modificaciones anteriores a la adjudicación y modificaciones posteriores. Se puede observar que el segundo régimen, las modificaciones posteriores a la adjudicación, es más amplio que el primero. Ello se debe principalmente a que en el momento de presentarse en forma de UTE a un contrato público se efectúa una oferta, y la modificación de la composición de la unión provoca una modificación de esa oferta al haber más, menos o distintos participantes. Por ello su régimen es más cerrado que tras haberse adjudicado el contrato, donde se entiende que los cambios que puedan producirse en la UTE permitan asegurar la ejecución del contrato o realizarlo de una mejor manera. En fin, la mayor flexibilidad y permisividad respecto a las modificaciones posteriores a la adjudicación responde a un motivo esencial, que es la ejecución del proyecto en beneficio del interés general.

#### **IV. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN A LAS UTEs Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

##### **1. Implicaciones del Derecho de la Competencia en la participación en licitaciones públicas de las UTEs**

---

hay razones de interés público que lo aconsejen y siempre y cuando la empresa preste garantías suficientes para su ejecución.



Las UTEs tienen numerosos aspectos positivos que se han ido mostrando a lo largo del trabajo: mayor eficiencia empresarial, mejor aprovechamiento de recursos, elaboración de proyectos complejos por empresas pequeñas, etc. Estas ventajas explica que se posibilite la participación en la contratación pública de varias empresas que conforman un nuevo sujeto competidor a través de la UTE. No obstante, también presentan un peligro potencial, como es la posibilidad de emplearlas para eliminar la competencia mediante la creación de una posición dominante (monopolios), acuerdos contrarios a la competencia (fijación de precios o reparto geográfico), restricción a la entrada de nuevos competidores, etc.

La competencia, como es sabido, es beneficiosa para el interés general. Constituye la base de la economía de mercado<sup>108</sup>, en nuestro país garantizada por el artículo 38 de la Constitución<sup>109</sup>, que es el régimen económico preponderante a nivel mundial y exclusivo en la Unión Europea. Respecto a los empresarios, la competencia se traduce en un derecho-deber: tienen el derecho de poder competir contra el resto de empresas, pero a su vez tienen el correlativo deber de competir<sup>110</sup>. El Derecho de la Competencia pretende garantizar los beneficios que trae la competencia: los derechos de los consumidores (mayor calidad, menores precios, oferta más amplia), la actividad empresarial (eficiencia, aumento productividad, innovación) y para el crecimiento económico y sostenible (generación de empleo, protección medioambiente)<sup>111</sup>. De lo contrario, si la competencia no estuviera garantizada ni protegida, el beneficio recaería sólo en las empresas que emplean estrategias y vías rápidas para su propio interés,

---

<sup>108</sup> La importancia de la competencia se destaca por la doctrina (SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 102) del siguiente modo: “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos esenciales de la economía de mercado”. También se aprecia en la Guía de la CNCM sobre los beneficios de la competencia para los consumidores, “la competencia es una forma de relación económica entre oferentes y demandantes que, cuando existe, hace que los mercados funcionen de forma adecuada, los recursos se asignen de forma óptima y, en consecuencia, los consumidores se beneficien de ello”.

<sup>109</sup> Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Es un “principio básico” económico por el que “se reconoce a todo ciudadano el derecho a desarrollar libremente una actividad empresarial y a ejercerla en un marco concurrencial en el que impere la libre y leal competencia”. (ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 273).

<sup>110</sup> Como derecho, la competencia favorece la igualdad de oportunidades entre las empresas y recompensa el mérito y el esfuerzo, o lo que es lo mismo, se estimula el emprendimiento y la innovación. Como deber, el empleo de estrategias contrarias a la competencia se traduce en un desinterés por el emprendimiento y esfuerzo empresarial, optando por vías más fáciles, que supondrán un ilícito en el ordenamiento jurídico.

<sup>111</sup> Véase sobre los beneficios de la competencia la página web de la Unión Europea sobre competencia y la Guía de los beneficios de la Competencia para los consumidores.

perjudicando a la sociedad y al resto de empresas (altos precios, peor calidad, menor variedad, impedir entrada de nuevos competidores).

La libre competencia, por tanto, debe estar tutelada y protegida por el ordenamiento jurídico<sup>112</sup>. En este contexto, cabe apuntar que el régimen de la defensa de la competencia se ha establecido tanto a nivel europeo como a nivel nacional. El artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la UE dispondrá de competencia exclusiva en el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Tal competencia exclusiva determinara que sólo la UE podrá legislar sobre competencia y los Estados Miembros quedarán vinculados o en determinados casos facultados para adoptar ellos mismos normativa<sup>113</sup>. Pero el régimen europeo se dirigirá únicamente a las normas de competencia para garantizar el mercado interior. A nivel nacional cabe la redacción de normas para regular el propio mercado nacional<sup>114</sup>. En España disponemos de dos leyes

---

<sup>112</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 102. Además, matiza que “a diferencia de lo que hacían ordenamientos anteriores, que era reconocer simplemente la defensa de la competencia”, hoy en día se exige una regulación más sustancial.

<sup>113</sup> La normativa europea sobre competencia la localizamos en el TFUE (Título VII, Capítulo 1, artículos 101 y ss.), el Reglamento 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en el TFUE y el Reglamento 773/2004 de la Comisión relativo al desarrollo de los procedimientos de competencia de la Comisión.

<sup>114</sup> El régimen nacional será, en su mayor parte, idéntico a la regulación europea, ya que esta última ha servido de modelo a la legislación española. De este modo, el artículo 101 TFUE se equipara al 1 LDC (acuerdos de colusión), el 102 TFUE con el 2 LDC (abuso de posición de dominio), las ayudas públicas, los procedimientos, cuantías, etc. Como una de las principales diferencias podemos citar la inclusión en el artículo 3 LDC de los actos desleales, figura jurídica que no disponen otras ordenaciones nacionales europeas.

Por tanto, nos encontramos ante el siguiente esquema en el que la autoridad de competencia será la mejor situado en función del lugar donde se desarrollen los efectos (principio de territorialidad objetiva o doctrina de los efectos establecido por el TJUE): si se afecta el mercado interior o tiene interés comunitario, el alcance es supranacional –global o europeo– o cuando sea la primera vez que se aplican las normas para un sector concreto, la autoridad de competencia es la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea; si se afecta el mercado nacional o suprarregional la autoridad de competencia es Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC); por último, si se afecta únicamente el territorio de una región o comunidad las autoridades de competencia serán los órganos dedicados a velar por la competencia de las comunidades autónomas.

Respecto a estas últimas, en nuestro país no todas las CCAA tienen sus propias autoridades de competencia: algunas cuentan con órganos de instrucción y resolución (Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla y León, País Vasco, Extremadura y Andalucía), otras sólo con instrucción (Murcia, Canarias, Madrid y Navarra, en estos casos resuelve los expedientes la CNMC) y finalmente las hay aquellas sin ningún órgano de competencia, donde será la CNMC la autoridad de competencia (Asturias, Castilla-La Mancha, Baleares, La Rioja y Cantabria). Además de las autoridades de competencia, los tribunales españoles y el TJUE podrán conocer los asuntos en defensa de la competencia y revisar las decisiones de los anteriores órganos administrativos. Por ejemplo, ante las resoluciones de la CNMC se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y, en su caso, recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Para un mayor estudio del reparto de competencias en materia de la Defensa de la Competencia, véase el Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 diciembre 2002 y la Ley (española) 1/2002 de Coordinación.

reguladoras de la competencia: la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia y la contratación pública, las UTEs se encuentran en una posición ambivalente, es decir, tiene valores positivos y negativos. Por un lado, se permite a empresas que individualmente no podrían aspirar a ser adjudicatarias de un contrato a unirse, lo que incrementa el número de oferentes en la licitación pública y la participación de pequeñas empresas, manteniendo a priori el grado de competencia. Por otro lado, las empresas que se unen ya no compiten entre ellas. En efecto, la UTE es un acuerdo entre empresas que deciden no competir entre ellas para cooperar en una actividad que por sí solas no tienen capacidad.

En el caso de la contratación pública, esa colaboración se efectúa debido a que las empresas no disponen de las condiciones para obtener un contrato público, de tal modo que en ese aspecto las empresas no son competidoras entre sí (si tuvieran capacidad para presentarse a la licitación entonces sí que serían competidoras y no se podría aceptar su unión). En cualquier caso, la colaboración supone celebrar acuerdos sobre costes, precios, condiciones de ejecución del contrato... que en otras circunstancias podría considerarse como acuerdos anticompetitivos. En consecuencia, es frecuente que la utilización de esta figura empresarial desemboque en restricciones de la competencia, sobre todo en las licitaciones públicas.

La competencia beneficiará al sector público en la medida que se pueda adquirir productos siguiendo la base de la mejor relación calidad-precio. Dicho de otra manera, la Administración contratará con quien ofrezca el mejor producto (la mayor calidad) y por el precio más asequible (abatar costes y generar ahorros para las arcas públicas) en beneficio del interés general<sup>115</sup>. Por ello, cuando no existe competencia en los procedimientos de contratación supondrá un gran problema: las empresas concurrentes al procedimiento pueden ponerse de acuerdo para fijar y subir precios y/o repartirse los contratos, lo que supondrá un sobrecoste para la Administración y un grave perjuicio para la sociedad.

La restricción de la competencia en el ámbito de la contratación pública es “una de las prácticas que más preocupan a la CNMC”<sup>116</sup>: aproximadamente la mitad de las sanciones impuestas por la CNMC se corresponden con la desarticulación de cárteles en

---

<sup>115</sup> Véase RAZQUIN LIZARRAGA, M., Y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 163 a 242 para mayor información sobre los criterios de adjudicación del contrato.

<sup>116</sup> Guía de los beneficios de la competencia para los consumidores.

licitaciones públicas. Se calcula por la CNCM<sup>117</sup> que las Administraciones se habrían ahorrado 1.700 millones de euros –como mínimo– entre 2012 y 2016 si se hubieran utilizado procedimientos competitivos, es decir, un 10% de media en los importes de adjudicación<sup>118</sup>. Además, en muchos casos hay poca o ninguna competencia, ya que el 65% de los contratos había 3 o menos participantes, y en un tercio de todos los contratos celebrados se contó sólo con una empresa participante<sup>119</sup>.

Todos los datos anteriores denotan el peso económico de la contratación pública y la consecuencia de no respetar la competencia en los procedimientos administrativos. Por ello, se ha desarrollado una legislación preventiva en el ámbito de la contratación pública sobre actuaciones anticompetitivas<sup>120</sup>. En consecuencia, la normativa administrativa tiene, entre sus principales funciones, el deber de garantizar la competencia, y ello lo hace a través de distintos mecanismos, como la garantía de los principios de la contratación pública, la excepcionalidad a la división en lotes del contrato (artículo 99 LCSP)<sup>121</sup>, la necesidad de que los órganos de contratación velen por la salvaguarda de la libre competencia (artículo 132 LCSP)<sup>122</sup> o las normas previstas para las UTEs que a continuación analizo. La normativa española en materia de contratación y competencia es fundamentalmente preventiva.

---

<sup>117</sup> Estudio E/CNMC/004/18: Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España.

<sup>118</sup> En el ámbito internacional se eleva a más del veinte por ciento según la OCDE.

<sup>119</sup> En España, pese a que haya solamente una empresa licitadora, la ley permite que pueda resultar adjudicataria, lo cual muestra un grave problema en la contratación pública de nuestro país ya que en otros países europeos, como Dinamarca, cuando solamente hay una oferta se considera el concurso desierto debido a que no se puede valorar, no hay ofertas para comparar y por tanto no hay competencia real.

<sup>120</sup> Además, la CNMC ha redactado numerosas guías sobre la competencia, tanto para profesionales de la materia como para los ciudadanos, entre las cuales destaco tres, siendo la primera la más general: la Guía de los beneficios de la competencia para los consumidores; la Guía de la Competencia y Contratación Pública; y por último la Guía contra el fraude en la licitación pública. También algunas autoridades de la competencia autonómicas –como la vasca o la catalana– han desarrollado guías cuya finalidad es “(...) favorecer la competitividad en los procesos de contratación pública, dotando a los órganos adjudicadores de una herramienta útil, contribuyendo a la difusión y observancia de los principios inspiradores de la contratación pública”.

<sup>121</sup> La división en lotes ha permitido históricamente la realización de un gran número de prácticas de corrupción, de ahí que se haya intentado limitar su utilización. Se recomienda por la Guía de Competencia y Contratación Pública que cuando se opte por fraccionar los contratos a través de lotes, el número de lotes no debe ser similar al número de participantes, evitando en todo caso que los lotes sean del mismo tamaño. Para mayor estudio sobre el objeto del contrato y su fraccionamiento o división en lotes véase RAZQUIN LIZARRAGA, M., Y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 73 a 105.

<sup>122</sup> De igual modo, las Juntas Consultivas de Contratación, estatales y autonómicas, y los órganos competentes en materia de recursos contractuales como el TACRC y los autonómicos, quedan obligados a comunicar a las autoridades de la Competencia cualesquiera hechos que vulneren la LDC. Su incumplimiento podría derivar en responsabilidad administrativa.

La LCSP de 2017 es, en gran medida, fruto de la legislación europea. Ello se debe a tres factores: en primer lugar, la importancia que en la Unión Europea se otorga a una actividad como la contratación pública, que representa casi el 20% del PIB en España y de la UE<sup>123</sup>; en segundo lugar, la existencia del mercado único debe permitir la participación de empresas de otros estados miembros (EM) en licitaciones públicas de un Estado, sin importar su nacionalidad<sup>124</sup>; en tercer lugar, el interés general de la competencia. En consecuencia, varias directivas europeas<sup>125</sup> regularon y establecieron los principios de la contratación pública que la LCSP recoge: libertad de acceso, igualdad de trato y no discriminación; transparencia, publicidad y confidencialidad; respeto de la competencia, integridad y concurrencia; economía y eficiencia en la asignación de recursos públicos, calidad y proporcionalidad, etc. Con ello, en todo el territorio de la Unión se garantiza la competencia entre los consumidores (libertad de acceso y concurrencia), sean nacionales o de otro Estado Miembro (no discriminación), en los procedimientos de contratación pública. Habrá que tener en cuenta además las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal, que ha sido el principal marco legal del análisis de las UTEs en relación con la competencia.

Debe advertirse que, en principio, los acuerdos entre las empresas que concurren agrupadas no se prohíben por la competencia<sup>126</sup>: recordemos que las UTEs están permitidas por Ley aunque supongan un acuerdo de voluntades entre varios empresarios. El objetivo de la unión debe ser la realización de un proyecto que de manera individual no es posible. Siempre que se cumpla lo anterior, y con respeto de las normas de competencia, las empresas conformadas en UTE estarán legitimadas para acudir a licitaciones públicas.

Pero como he dicho, sí es cierto que las UTEs constituyen un riesgo potencial: puede haber casos que se emplee dicha figura para eludir la competencia. Por ello, la

---

<sup>123</sup> Datos extraídos de la página web, estudios y guías de la CNMC.

<sup>124</sup> Con tal objetivo, en 2014 el Parlamento y el Consejo adoptaron medidas para flexibilizar y simplificar los procedimientos de la contratación pública, fomentar la participación de PyMES (pequeñas y medianas empresas) y dar mayor peso a criterios sociales y medioambientales. Todo ello, recogido en directivas europeas, se tradujo en la nueva LCSP, actualmente vigente.

<sup>125</sup> Aunque ha habido otras generaciones de Directivas desde los años 70, las más importantes para el régimen actual fueron las del año 2014: Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

<sup>126</sup> La CNMC ha matizado repetidas veces que los acuerdos entre empresas no se prohíben si contribuyen a mejorar la producción, la comercialización o el progreso técnico o económico, ya sea a través de la colaboración empresarial o de otro tipo de acuerdos.

LCSP prevé en el segundo apartado del artículo 69 lo siguiente: “Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas”.

Es decir, el empleo de una UTE debe estar justificado, lo que supone que para realizar el proyecto, por su envergadura o complejidad, se recomiende su realización por varias empresas. En caso contrario, la Ley advierte de la posibilidad de que las empresas de la unión hayan efectuado acuerdos anticompetitivos (indicios de colusión). En función de la justificación de la UTE, el órgano de contratación estimará o no la existencia de indicios fundados de colusión entre ellas. En caso afirmativo, trasladará el asunto a la autoridad de competencia competente de analizar el caso.

La LCSP pretende con estas disposiciones adelantar el juicio de legalidad de la UTE al momento de presentación de la oferta y evitar así los daños que la colusión de la contratación pública pueda generar a la concurrencia de las licitaciones y, con ello, al interés general. De ahí el carácter preventivo. Sería mucho más complejo y perjudicial emplear medidas correctivas ya que en tal caso la competencia ya se ha vulnerado y los daños causados son probablemente mayores<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Debido a eso mismo, las sanciones de la CNMC son muy elevadas (véase el artículo 63 LDC sobre las sanciones y su cuantía). Por citar un ejemplo, la Resolución TDC 7 de mayo de 2008 sanciona con más de siete millones de euros a cuatro empresas que se repartían el mercado de residuos sanitarios.

Se puede sancionar –en el caso de infracciones muy graves– hasta un 10% del volumen de negocios global del año anterior de las empresas infractoras y quedarán obligadas al resarcimiento de los daños ocasionados. Además, los individuos responsables, por ejemplo los directivos, pueden ser también sancionados (el límite máximo actual de tal sanción es de 60.000 euros, otro ejemplo de que España está atrasada respecto a otros países donde existen penas privativas de libertad para los directivos que acuerdan pactos anticompetitivos). Finalmente, a las sanciones económicas se podrán añadir medidas para evitar que las empresas repitan las infracciones y se prohibirá la contratación con la Administración conforme al artículo 71 LCSP.

Es importante advertir que las multas y sanciones son individualizadas a la actuación –grado de daño, participación, atenuantes y agravantes, etc.– de cada empresa. Para mayor información sobre las sanciones por infracción de la Competencia véase la regulación de la LDC y las Directriz europea sobre el cálculo de las multas (2006/C 210/02). Véase también para mayor interés la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11) donde se desarrolla el procedimiento de clemencia para la exención de la multa por confesión o descubrimiento de cárteles (también aplicable en España).

Se debe advertir además que este régimen se basa en un “Derecho de naturaleza administrativa y carácter sancionador”, lo que implica la aplicación de los “principios de la potestad sancionadora de los poderes públicos” y no de los penales (ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 277). Razón por la cual, como he dicho antes, es imposible condenar con pena privativa de libertad a los responsables de los actos colusorios.

## 2. La restricción de la Competencia por medio de las UTEs.

### 2.1. *Actos anticompetitivos e indicios*

Hay tres categorías de conductas que perjudican la competencia: los acuerdos anticompetitivos entre empresas (artículos 1 LDC y 101 TFUE); los abusos de posición dominante de la empresa (artículos 2 LDC y 102 TFUE); y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (artículo 3 LDC). En el caso de las UTEs atenderemos sobre todo los acuerdos anticompetitivos del artículo 1 LDC y 101 TFUE, donde predominan los cárteles<sup>128</sup>: varias empresas acuden en forma de UTE a licitaciones públicas habiendo acordado la repartición y control del mercado, ya sea por contratos o por territorio, o la fijación de precios<sup>129</sup>. En estos casos, dos o más empresas acuerdan adecuar su comportamiento en el mercado para restringir –por objeto o por efecto– la competencia<sup>130</sup>. El acuerdo, como señala la doctrina, debe tener como “finalidad restringir la competencia, con independencia de que se ponga o no en práctica”<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Según la CNMC, los cárteles son “la conducta anticompetitiva más grave y dañina”. Para ALONSO SOTO, R., (“Derecho de la Competencia”, en MENÉNDEZ A., Y ROJO. A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. 1, ed. Aranzadi, 2021. Lección 14, p. 344) los “cárteles son acuerdos secretos entre competidores cuyo objeto es la fijación de precios, cuotas de producción o de venta, reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas en los concursos públicos, o la restricción de las importaciones o exportaciones. Véase también PAZ-ARES, C. (“Uniones de Empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006. Cap. 54, págs. 1471 y 1472) el cual determina que “los cárteles entrañan un mayor grado de unificación de las políticas empresariales de las sociedades que los suscriben, puesto que sus objetivos típicos son coordinar las estrategias de las empresas con el fin de regular, y reducir o excluir la competencia entre ellas”.

<sup>129</sup> Véase la Guía de la Competencia y Contratación Pública para estudiar con mayor desarrollo los factores que facilitan la colusión, dónde puede haber más fácilmente colusión, a qué puede afectar, recomendaciones de medidas a tomar etc.

<sup>130</sup> Respecto al régimen de los pactos colusorios, el TJUE ha realizado algunos apuntes. Por un lado, el acuerdo implica que la actividad anticompetitiva es bilateral, por lo que se exige concurrencia de voluntades entre dos o más empresas. Ese acuerdo debe restringir, falsear o impedir la competencia (los tres términos anteriores son según el Tribunal sinónimos) de manera objetiva, lo que implica que está siempre prohibido indiferentemente si existe intencionalidad o negligencia. Estas empresas han de estar relacionadas, directa o indirectamente, y se ha entendido el término “acuerdo” de manera amplia, de tal forma que se incluyen pactos escritos en cualquier soporte, verbales, e incluso los denominados pactos de caballeros (STJCE de 11 de enero 1990 y 6 de enero de 2004). Además, la sola asistencia a una reunión o conversación, e incluso el silencio, comporta la aceptación de los acuerdos a modo de prueba.

Cabe advertir que no todos los acuerdos serán ilegales desde el punto de vista de la competencia. Se eximen ciertos acuerdos, entre otros los siguientes: cuando se fomenta el progreso o desarrollo técnico o económico (artículo 101.3 TFUE, cumpliendo una serie de requisitos); se traten de una exención contenida en algún reglamento de exención por categorías; no entren en los umbrales del Reglamento 1407/2013 de la Comisión de *minimis* o sean de “menor importancia” según la legislación nacional

La regulación europea contiene en el TFUE ejemplos de acuerdos prohibidos que recoge la normativa nacional de manera semejante. El TJUE ha establecido que no es una lista cerrada ni taxativa, sino que se pueden dar otros casos, y además advierte que en muchas ocasiones se cumple más de una condición. En cualquier caso, se debe prestar atención a las siguientes: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Todos estos actos serán nulos de pleno derecho (artículo 1.2 LDC y 101.2 TFUE) y conllevarán la prohibición de contratar por “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado” del artículo 71.1.b) LCSP. No obstante, surgen ciertas dudas sobre los contratos públicos formalizados por empresas, y en concreto UTEs, que han infringido las normas de competencia para conseguir la adjudicación de los mismos.

En la mayoría de estas ocasiones, cuando se vulnera la competencia las empresas que componen la UTE pueden presentarse individualmente al contrato, ya que cumplen los requisitos de capacidad, solvencia/clasificación, etc. Por ello, cuando se forma una Unión por empresas que en principio no necesitan unirse a otras para realizar el proyecto, se deben activar las alarmas de las Administraciones y de las autoridades de competencia<sup>132</sup>. Este es el supuesto más común, lo que ha derivado según la doctrina<sup>133</sup> en “una problemática de supuestos en los que se observa la licitación en UTE de empresas que, por sí solas, alcanzan la suficiente solvencia (léase, cuando proceda, clasificación) para acometer la ejecución del contrato de que se trate”. Existe, según esta

---

(artículo 5 LDC); haya una ley o interés público que determinen la no aplicación de los artículos 101 TFUE o 1 LDC (artículos 4 y 6 LDC).

<sup>131</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed., p. 106.

<sup>132</sup> En estos casos, “la unión, o la necesidad de unirse, no existe, y a través de la misma se reparte un mercado entre las diferentes empresas, alterando de este modo la competencia... las UTEs estarían constituidas por empresas con capacidad de competir, es decir, pudiendo presentarse al procedimiento administrativo por sí solas y resultar adjudicatarias”. (MIQUEL RODRIGUEZ, J. *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998) y PLATERO ALCÓN, A., “Las Uniones Temporales de Empresa en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Ratio Juris*, vol. 12, nº 25, julio-diciembre 2017).

<sup>133</sup> PÉREZ-PAREDES, E., “Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública”. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, nº 4, 2012.



doctrina, una línea muy fina que separa dos ámbitos: la prohibición de prácticas colusorias en la participación de la UTE y la imposibilidad de prohibir acudir a una licitación a una UTE constituida legalmente y con objetivos legítimos. Es muy complejo en la práctica advertir cuando se está restringiendo la competencia y por ello ha de actuarse muy cautelosamente ya que se puede sancionar a empresas que en realidad actúan legalmente.

Las guías de la CNMC facilitan la labor de los poderes adjudicadores al incluir una serie de indicios de acuerdos anticompetitivos por parte de las UTEs (y de las AIE). En concreto, se pueden reunir en los siguientes grupos<sup>134</sup>:

- Indicios en función de la forma de participación en el concurso público, destacando los siguientes supuestos:
  - Capacidad de participar individualmente de algunas de las empresas miembros de la UTE.
  - Reducido número de licitadores que puede deberse a la existencia de acuerdos de reparto del concurso entre los potenciales licitadores.
  - Participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación (por ejemplo una empresa del grupo se presenta dos veces: de manera individual y a través de una UTE o AIE).
  - Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
  - Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada. Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta.
  - Patronos de comportamiento sospechoso entre las empresas licitadoras: se dan cuando una empresa siempre resulta adjudicataria del mismo contrato, lotes o mismo territorio, o existe rotación entre varias empresas. El fenómeno del reparto de licitaciones o *bid rigging* supone el control absoluto por una serie de empresas de un determinado territorio para obtener todos los contratos públicos y distribuirlos entre sus miembros.

---

<sup>134</sup> Extraídos de la Guía de la Competencia y Contratación Pública y la Guía contra el fraude en la Contratación Pública.

- Indicios en función de las características o formas de las ofertas presentadas al concurso público. Cabe distinguir los siguientes casos:
  - Ofertas incoherentes de un mismo licitador. Un licitador presenta ofertas con diferencias sustanciales y no justificadas en precios o condiciones técnicas con respecto a licitaciones de similar o idéntico contenido.
  - Ofertas con similitudes sospechosas. Varios licitadores presentan ofertas con idénticos o casi importes en oferta económica o técnica sin justificación. También puede darse el caso en el que las ofertas sean de idéntica redacción formato o errores, lo que puede suponer la existencia de coordinación entre los licitadores en la elaboración de ofertas.
  - Boicot: los licitadores habituales se abstienen de presentar ofertas para conseguir una modificación de la licitación. Por ejemplo para dejar desierto el procedimiento abierto para ir al procedimiento negociado.
  - Ofertas no competitivas que claramente no pretenden ser adjudicatarias.
  - Ofertas anormalmente bajas (artículo 149 LCSP): cuando son en exceso asequibles por su bajo coste para el poder contratante. Si los órganos de contratación presumen que una oferta es inviable por ser demasiado baja<sup>135</sup>, deberá iniciar un procedimiento para atender la razón de tal oferta y su justificación por los licitadores.

Se recomienda a los órganos de contratación poner en conocimiento los indicios a la CNMC o autoridades de competencia autonómicas e incluso considerar la conveniencia de suspender la licitación hasta que la CNMC resuelva lo que estime oportuno. Además, se fomenta la contribución de los poderes adjudicadores a la investigación de la CNMC a través del deber de guardar toda la documentación referida a la licitación (ofertas, sobres, correspondencia...), el registro de todas las conductas y declaraciones relevantes sobre circunstancias que confirmen las sospechas y sobre todo no discutir ni comentar las sospechas con las empresas.

---

<sup>135</sup> Se incluirán en los pliegos parámetros objetivos que permitan identificar los casos en los que una oferta sea anormal, y en defecto de pliegos se aplicaran los desarrollados reglamentariamente. Véase el Informe 1/2012 JCCA Andalucía o la Resolución TACRC 137/2011 que desarrollan el motivo de la introducción de la exclusión de ofertas anormalmente bajas: en concreto, evitar las prácticas colusorias por empresas pertenecientes al mismo grupo. Véase RAZQUIN LIZARRAGA, M., Y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 223 a 242 para mayor análisis de las ofertas anormalmente bajas.

## 2.2. Evolución jurisprudencial y de la CNMC sobre las UTEs y su empleo en la contratación pública

El tratamiento jurisprudencial sobre las UTEs ha evolucionado con el paso del tiempo, pasando de un régimen más permisivo y flexible a otro restringido y estricto. Ello se debe, como no, a la importancia de la contratación pública como instrumento económico, y a la progresiva utilización de UTEs en los procedimientos de contratación. Por ello, si en un principio se admitía un uso casi indiscriminado de UTEs, se ha pasado a una doctrina en la que el empleo de las uniones debe estar claramente justificado.

### A. El principio *favor libertatis*

En un primer momento, la CNMC estableció el *favor libertatis* en su Resolución 15 de noviembre de 2016<sup>136</sup>. La autoridad de competencia reconocía que el principio de *favor libertatis* debía primar en el análisis de las autoridades de competencia en los procedimientos de contratación pública, permitiendo pues la participación de UTEs bajo la premisa de la “libertad razonable de las empresas para escoger con quien desean contratar u ofrecer servicios” y que los pactos inherentes a esos acuerdos de la unión “no son *per se* anticompetitivos”.

Es decir, la CNMC favorecía la utilización de las UTEs, sobre todo en los casos de carencia de recursos individuales o falta de solvencia de las empresas, pero también cuando solamente no había detrás un *animus* de eliminar competencia.

De este modo, se facultaba el empleo de las UTEs cuando las características de la licitación lo recomendaban. En esta línea, la CNMC y la jurisprudencia consideraban compatible la constitución de una UTE formada por empresas que individualmente podían concurrir, pero que el diseño del concurso incentivaba al empleo de un instrumento de colaboración empresarial. Es decir, no se atendían los recursos de las empresas para participar en el procedimiento, sino que se analizaba si las empresas podían resultar adjudicatarias individualmente o si para ello era necesario constituirse en UTE. En la resolución del anterior Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC en adelante) 31 de mayo de 2005<sup>137</sup> se consideró que solamente a través de la creación una UTE hubiera sido posible obtener el contrato porque el diseño de la licitación incentivaba la suma de los recursos.

---

<sup>136</sup> Expediente S/DC/0581/16.

<sup>137</sup> Expediente R614/04-terapias respiratorias domiciliarias 2.

Tampoco el tamaño empresarial o el poder de mercado se tenía en cuenta. Lo importante no era si las empresas que forman la UTE son grandes multinacionales o PyMES, sino cuales son las características concretas de la licitación y si justificaban la colaboración. De este modo, en el asunto Lafarge Cemex<sup>138</sup> para el suministro de hormigón, aunque ambas empresas eran de gran tamaño y disponían individualmente de capacidad suficiente para suministrar el hormigón requerido, se declaró compatible su unión ya que el cliente había impuesto unas “fortísimas garantías”.

En cualquier caso, no se toleraban las UTEs incompatibles con el Derecho de la Competencia. En este sentido, la Audiencia Nacional, en el caso de gestión de residuos sanitarios<sup>139</sup> consideró probado que las cuatro principales empresas del sector se repartieron el mercado de los contratos públicos, de tal forma que cada empresa se presentaba a un contrato de un territorio, sabiendo que las otras no se iban a presentar y que ella solo se iba a llevar el contrato (ejemplo de *bid ridding*). Para ello hubo reuniones y comunicaciones permanentes entre las empresas, crearon UTEs y se presentaron de forma selectiva a las licitaciones<sup>140</sup>.

Según la doctrina<sup>141</sup>, en esta época hay dos supuestos en los que la UTE era incompatible con las normas de competencia. En primer lugar cuando la UTE la constituyen la totalidad o mayoría de la oferta del mercado, es decir, cuando todos los operadores económicos de un sector integran la UTE. En efecto, el acuerdo de constituir una unión para colaborar todos los empresarios hace desaparecer la competencia de ese sector: todos acuerdan y colaboran en el régimen de la UTE, por lo que aun sin intención de realizar actos colusorios estarían restringiendo al máximo la

---

<sup>138</sup> Resolución CNC 28 de julio de 2010 sobre el expediente S/252/10-lafarge.

<sup>139</sup> Resolución CNC 18 enero 2010 del expediente S/0014/07-gestion residuos sanitarios.

<sup>140</sup> La sentencia de la Audiencia Nacional analiza que “la participación en este tipo de casos es de distinto grado y de capacidad” (lo que tendrá efectos en la sanción, que recuerdo es individual a cada empresa en función a su actuación). Por tanto, ni todas se involucran lo mismo ni tienen el mismo volumen o intensidad. En este caso, las cuatro infractoras eran CONSENUR, CESPAN, INTERLUN y SIS, con un papel más protagonista las dos primeras. Se declaró que todas habían cometido una infracción por restringir la competencia al participar en la UTE de un competidor, independientemente de la capacidad de cada una. Por ello, aunque SIS tuviera menor capacidad que las otras, es también multada ya que al fin y al cabo participa en la acción colusoria. Es decir, aunque SIS alegue haber creado una UTE con CONSENUR (como hicieron en Aragón) porque no disponía de capacidad técnica suficiente para esa licitación, al haber participado en el entramado anticompetitivo junto a las otras es igualmente sancionada. No obstante en una sentencia posterior de la Audiencia Nacional se le revocó la multa a SIS, aunque se le mantuvo la calificación del hecho ilícito.

<sup>141</sup> ESCUDERO PUENTE, A., “La incidencia del derecho de la competencia en las uniones temporales de empresas” en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, ed. Civitas, 2017, capítulo 1.

competencia<sup>142</sup>. Ello se ve en la Resolución TDC 20 de septiembre de 2006<sup>143</sup> la cual señala que la UTE integraba un porcentaje de empresas cercano al cien por cien de la oferta<sup>144</sup>.

Será incompatible el empleo de UTEs en los casos de prácticas colusorias. Estas prácticas son diversas y la casuística es variable, razón por la cual analizo varias resoluciones que muestran distintos ejemplos de pactos colusorios. De hecho, alguna actuación de las empresas se corresponde con los indicios que anteriormente he atendido.

Por un lado, la Resolución CNMC 29 de septiembre de 2016<sup>145</sup> resuelve que existía acuerdo de precios, reparto de mercado e intercambio de información sensible a través de una UTE. Además la colusión se extendió a otras doce empresas que, sin formar la UTE, se les garantizó el desempeño de un porcentaje de los servicios siempre y cuando ninguna presentase ofertas a la licitación. Este esquema de colusión, como bien señala algún autor<sup>146</sup>, es más amplio que el general ya que se configura además del pacto entre las empresas que forman la UTE mediante pactos con otros competidores ajenos al “vehículo” de colaboración. La suma de los mismos, es decir, del conjunto de operadores involucrados en el sistema colusorio configuraba la práctica totalidad de la oferta, razón por la cual se concluyera que ese conjunto de conductas buscaba cerrar el mercado y eliminar la competencia en las licitaciones.

Otra posibilidad de actos colusorios se analiza en la Resolución CNMC 30 de junio de 2016<sup>147</sup> en la que se formuló una estrategia para el reparto de los contratos públicos que se materializó mediante la creación de UTEs y además a través de la presentación de ofertas individuales previamente amañadas entre los licitadores. Además, al igual que en el caso anterior, los operadores involucrados constituían la práctica totalidad de la oferta del mercado, por lo que de nuevo se eliminaba toda la competencia del sector.

---

<sup>142</sup> Del mismo modo se castiga en el caso de AIEs (Resolución TDC 5 de junio de 2006, expediente 590/2005-ambulancias orense).

<sup>143</sup> Expediente 595/05-transporte sanitario conquense.

<sup>144</sup> Aunque no se pretende en este trabajo, muestra de que la práctica de actos anticompetitivos está firmemente radicado y establecido en España es que los empresarios multados en este caso fueron de nuevo sancionados por la resolución CNMC de 23 de julio de 2013 (expediente S/0383/11). Se ha escrito mucho sobre la necesidad de que ello cambie, aunque no se ha conseguido gran cosa por el momento.

<sup>145</sup> Expediente SNC/DC/007/16-agencias de viaje.

<sup>146</sup> ESCUDERO PUENTE, A., “La incidencia del derecho de la competencia en las uniones temporales de empresas” en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, ed. Civitas, 2017, capítulo 1.

<sup>147</sup> Expediente S/0519/14-infraestructuras ferroviarias.

En conclusión, el principio *favor libertatis* permitía un régimen muy amplio para el empleo de UTEs en los contratos públicos, considerando únicamente ilícitas a las UTEs que eliminaban la competencia en su práctica totalidad o constituían acuerdos anticompetitivos. Ello provocaba que en la mayoría de los procedimientos se emplease una unión temporal ya que las ventajas de su uso eran considerables y la posibilidad de permitir su empleo muy amplia. Muchas de las resoluciones que surgieron en este ámbito fueron con el tiempo criticadas por no ajustarse a derecho, lo que provocó un cambio en la valoración jurisprudencial del tema.

#### B. El requisito de la objetividad necesaria

La doctrina jurisprudencial consolidó posteriormente un régimen más estricto, permitiendo las UTEs siempre y cuando el objetivo de los empresarios se basara en la realización de un proyecto junto a otras empresas cuando carezcan de capacidad para realizarlo individualmente. La Audiencia Nacional definió muy bien este marco, estableciendo que “la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen”. Es decir, su existencia debe estar justificada por una necesidad objetiva y/o indispensable para que las empresas que formen la unión ejecuten el contrato. Si la unión es necesaria o indispensable para todos los empresarios, la constitución de la UTE será legítima, pero en el momento en el que una de las empresas podría acudir al procedimiento de forma individual es cuando existe incertidumbre del objeto real de la UTE.

El concepto que debe precisarse lo constituye la “necesidad objetiva” de constituir una UTE, y viene impuesto por las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales que desarrolla el artículo 101 TFUE. Señala el párrafo 237 que “por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción

alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”. Establece que, como he dicho, un acuerdo entre empresas para poder realizar una actuación no será anticompetitivo si es realmente necesario ese acuerdo, esa unión. Entiéndase que consorcio equivale a UTE, de tal modo que la utilización legítima de las UTEs no son anticompetitivas ya que en principio la compondrían empresas que individualmente no pueden realizar un proyecto por lo que en realidad no pueden ser competidoras<sup>148</sup>.

El análisis de la objetividad necesaria, o necesidad objetiva, se centra en determinar básicamente si las empresas que conforman la UTE pueden realizar el proyecto por sí mismas. Si la UTE no es objetivamente necesaria implicará una restricción a la competencia ya que supone una reducción de los competidores –las propias empresas de la UTE que no compiten entre ellas–. Recuperando la doctrina de la Audiencia Nacional, las UTEs “deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen”. Por tanto, el análisis de la legitimidad de cada UTE se realiza caso por caso, teniendo en cuenta entre otros valores las características de las empresas unidas y el contexto en el que se constituyen (en concreto, los requisitos de la licitación pública determinados en los pliegos, las condiciones de competencia en el mercado, etc.). A través de este estudio se determinará si la colaboración empresarial a través de la UTE es en efecto objetivamente necesaria o indispensable.

También se cuestiona la posibilidad de la UTE que, siendo objetivamente necesaria su constitución, esté formada por más empresas de las necesarias. O dicho de otro modo, como señala el párrafo 237 de las Directrices Horizontales, “(...) con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación”. Una interpretación jurisprudencial respecto a este tema es que la inclusión de empresas que

---

<sup>148</sup> Según LÓPEZ RIDRUEJO, M., PICÓN, A., TRAPET LLAMAS, M. (“A vueltas con las UTEs entre competidores y el derecho de la competencia: la necesidad de clarificar el test legal aplicable. *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 27, ed. Wolters Kluwer, julio-septiembre 2020) las Directivas Horizontales no resuelven el problema del “test de la indispensabilidad” de las UTEs. Por ello, la jurisprudencia se erige como fuente que perfila y delimita la necesidad objetiva de las UTEs, lo que para los autores “ha derivado en una divergencia de criterios que, para muchas empresas, genera inseguridad jurídica”. Véase el análisis de la práctica comparada de la CNMC y otras autoridades de competencia europeas para atender la variedad de factores tenidos en cuenta en WARD ANDREW, L., RIDRUEJO LÓPEZ, M., y PICÓN FRANCO, A., «Las uniones temporales de empresas en la práctica comparada de las autoridades de competencia», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Thomson Reuters, Madrid, 2019.

supere el número necesario será anticompetitivo<sup>149</sup>, aunque según la doctrina dista en realidad que la cuestión sea resuelta.

Una cuestión polémica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es determinar si la restricción de la competencia por parte de las UTEs es por objeto o efectos<sup>150</sup>: la primera supone que la creación de la UTE se dirige a la restricción de competencia, siendo los acuerdos de colaboración realmente anticompetitivos; la segunda la constitución de la unión no responde a fines anticompetitivos, sino que su finalidad es legítima, pero que sin embargo los efectos de la misma y su actuación en el mercado constituyen una restricción de la competencia<sup>151</sup>. El TJUE ha señalado en varias ocasiones que la restricción de la competencia por objeto debe interpretarse restrictivamente<sup>152</sup>, ya que en tal caso la UTE estará prohibida *per se* sin que la autoridad de competencia demuestre que los efectos son anticompetitivos<sup>153</sup>. En este sentido también se expresa el Tribunal Supremo en su sentencia del 1 de marzo de 2018, ya que “... cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”.

En fin, la objetividad necesaria es el requisito predominante seguido por la CNMC y la jurisprudencia para valorar la justificación de las UTEs en la actualidad. No obstante, cabe decir que recientes sentencias de la Audiencia Nacional<sup>154</sup> están

---

<sup>149</sup> Resolución CNMC 23 de febrero 2017 (Expediente S/0545/15-Hormigones de Asturias) la cual señala que “la creación de una UTE de tal dimensión para el suministro de hormigón resultaba a todas luces innecesaria, a la vista de la información aportada por la propia contratista. Resulta llamativo que inicialmente el suministro fuera efectuado por una única empresa... y, a partir de 2007, fuera necesaria la participación de un total de 8 empresas”.

<sup>150</sup> Tradicionalmente la CNMC ha considerado que solamente existía restricción por objeto debido a la propia naturaleza de las uniones, es decir, a la colaboración entre empresas fundamentado en acuerdos sobre costes, precios, etc.

<sup>151</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional 30 de julio de 2018 (agencias de viajes) en la que se señala que “mientras una conducta secreta supone una restricción por objeto, una eventual infracción cometida por una UTE que actúa de forma transparente y conocida por la CNMC, constituiría, en su caso, una restricción por efectos”. Este razonamiento sugiere que una UTE que se ha presentado en numerosas ocasiones a una licitación pública sin haber sido objeto de reproche por una autoridad de la competencia no puede ser calificada como una restricción por objeto sino que, en todo caso, debe prohibirse solo si tiene efectos anticompetitivos en el mercado. La sentencia de la Audiencia Nacional anula la resolución sancionadora de la CNMC.

<sup>152</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020 (Asunto C 228/18, Budapest Bank), apdo. 54, y de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-67/13 P, Cartes Bancaires c. Comisión), apdo. 58.

<sup>153</sup> Además dejaría de aplicarse el beneficio de la Comunicación europea sobre acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible.

<sup>154</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018.



desplazando esta objetiva necesidad, dando mayor importancia a la razonabilidad desde el punto de vista empresarial. Es decir, se otorga una mayor importancia a un análisis subjetivo, a la razón que siguen las empresas para colaborar en el marco de una UTE. De este modo, parece justificarse que ciertas conductas que habían sido prohibidas por la autoridad de competencia respondían a “comportamientos empresariales razonables”, siendo descritas algunas conductas como “integrantes o representativas del objeto final de reparto de mercado que responden a comportamientos empresariales razonables y basados en criterios de lógica empresarial”. También el Tribunal Supremo, en su sentencia del 15 de marzo de 2021, parece reconocer implícitamente la doctrina establecida por el TSJ de Cataluña<sup>155</sup> y que cuestiona la objetividad necesaria, mencionada en el caso como “test de capacidad”. Señala, en fin, que “la capacidad de las empresas que se asociaron en la UTE y la posibilidad de competir por separado no opera necesariamente como un indicio indicativo de una infracción, sino como un presupuesto para descartar la infracción cuando se trata de empresas que no podrían competir por separado”. Es decir, aunque las empresas tengan capacidad para concurrir individualmente, ello no es una prueba de que la UTE esté restringiendo la competencia.

En fin, este asunto está lejos de ser resuelto. Veremos que doctrina perdura en el futuro.

---

<sup>155</sup> STSJ de Cataluña del 15 de octubre de 2019.

## V. CONCLUSIONES

- 1) Las UTE son un sistema de colaboración empresarial en el que dos o más empresarios se unen durante un tiempo para realizar de forma conjunta un proyecto que, por su dificultad o envergadura, sobrepasa las capacidades individuales.
- 2) Estas uniones temporales de empresas son objeto de regulación por una legislación dispersa y variada que atiende a distintos ámbitos de su actividad y a sus consecuencias. La principal norma tiene un contenido esencialmente tributario: la Ley 18/1982 regula el régimen básico y los requisitos de constitución de las UTEs. Entre el resto de normas aplicables destaca, a efectos de este trabajo, la Ley de Contratos del Sector Público, que permite el acceso de las UTEs a la contratación pública y establece sus posibilidades de actuación.
- 3) Los requisitos que señala la Ley 18/1982 para las UTEs se han consolidado como elementos o características principales de esta colaboración empresarial que, además, permiten diferenciarla de otras figuras como las agrupaciones de interés económico y los grupos de empresas: finalidad común (ejecución de una obra, servicio o suministro que tenga una dificultad sustancial); temporalidad (determinada o indeterminada); carencia de personalidad jurídica; responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de sus miembros; organización; y, finalmente, los aspectos subjetivos y formales sobre quiénes pueden constituir una UTE y cómo debe realizarse esa constitución.
- 4) Las UTEs presentan una serie de particularidades en la contratación pública. En primer lugar, cabe destacar que tanto a la UTE de forma conjunta (representada por su gerente) como a las empresas de manera individual se les reconoce legitimación activa y pasiva para defender los derechos e intereses de la UTE, tanto en vía administrativa como en vía judicial.
- 5) En cuanto a la solvencia, que es una cualidad requerida a todo empresario para contratar con el Sector Público, se exige a las UTEs que la acrediten a través de la regla de la acumulación condicionada a una solvencia mínima de cada empresa.

- 6) Las modificaciones en la composición de la UTE tienen notables repercusiones en la contratación pública. Como regla general se permiten las modificaciones de las UTEs aunque se debe distinguir cuando se realizan antes de la adjudicación y cuando se realizan de posteriormente a la adjudicación. Esta última será más flexible y permisiva ya que se debe garantizar, en beneficio del interés general, que el contrato público se realice.
- 7) La contratación pública de las UTEs tiene relevancia en la defensa de la competencia debido al importante peso económico que revisten. Las UTEs son acuerdos legales que traen importantes beneficios, aunque también constituyen un riesgo potencial para la competencia, por lo que debe haber un riguroso control administrativo para evitar que la participación de las UTEs en la contratación pública genere restricciones a la competencia.
- 8) Para considerar legal una UTE desde el punto de vista del Derecho de la Competencia debe solventarse el requisito de la objetividad necesaria, es decir, que sea realmente necesaria la constitución de una UTE por dos o más empresas para ejecutar el contrato. No obstante, ello puede mezclarse con criterios mercantiles al considerar comportamientos empresariales razonables la unión de empresas independientemente del posible daño a la competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I y II)”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I)”, en MENÉNDEZ A., Y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. 1, ed. Aranzadi, 2021.

DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Las uniones temporales de empresarios: la solidaridad como elemento esencial”, en *Revista de la Asamblea de Madrid*, Nº 8, junio de 2013.

ESCUDERO PUENTE, A., “La incidencia del derecho de la competencia en las uniones temporales de empresas” en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Civitas, 2017.

GARCÍA-CRUCES, J. A., *Derecho de Sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Las uniones de empresarios en la contratación administrativa*. Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2004.

GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F., “Las uniones temporales de empresarios y la contratación administrativa”, *Actualidad administrativa*, nº1, 2006.

LÓPEZ RIDRUEJO, M., PICÓN FRANCO, A., TRAPET LLAMAS, M. “A vueltas con las UTEs entre competidores y el derecho de la competencia: la necesidad de clarificar el test legal aplicable”, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 27, ed. Wolters Kluwer, julio-septiembre 2020.

MIQUEL RODRIGUEZ, J. *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

PAZ-ARES, C., “Uniones de Empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

PAZ-ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

PÉREZ-PAREDES, E., “Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, nº 4, 2012, págs. 361-402.

PLATERO ALCÓN, A., “Las Uniones Temporales de Empresa en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista Ratio Juris*, vol. 12, nº 25, julio-diciembre 2017, págs. 89-116.

RAZQUIN LIZARRAGA, M., Y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 24ª ed.

VICENTE DAVILA, F., “La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública: una apreciación casuística”, en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*. Nº 13, diciembre 2017, págs. 105-145.

#### OTRAS REFERENCIAS

“Unión Temporal de Empresas (UTE)”. *Memento Sociedades Mercantiles 2022*. Lefebvre, cap. 32. 2022.

Observatorio de Contratación Pública: <https://www.obcp.es/>

Guía de los beneficios de la Competencia para los consumidores

Guía de la Competencia y Contratación Pública

Guía contra el fraude en la licitación pública

<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2019/09/1as-uniones-temporales-de-empresas-algunas-preguntas.pdf>

#### SENTENCIAS CONSULTADAS

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJCE del 31 octubre 1974 (asunto 41/74)

STJCE del 11 de enero de 1990 (asunto C-220/88)

STJCE del 6 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-2/01 y C-3/01)

STJCE del 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04)

STJCE del 18 de diciembre de 2007 (asunto C-357/06)

STJCE del 19 de junio de 2008 (asunto C- 454/06)

STJUE del 10 de septiembre de 2009 (asunto C-97/08)

STJUE del 26 septiembre de 2013 (asunto C-179/1)

STJUE del 24 de mayo de 2016 (asunto C-396/14)

STJUE del 2 de abril de 2020 (asunto C 228/18)

STJUE del 11 de septiembre de 2014 (asunto C-67/13)

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS del 15 de junio de 1990

STS del 16 de noviembre de 1993

STS del 26 de marzo de 1999

STS del 26 de abril de 2001

STS del 2 de febrero de 2005

STS del 28 de febrero de 2005

STS del 11 de mayo de 2005

STS del 11 de julio de 2006

STS del 27 de septiembre de 2006

STS del 12 de junio de 2007

STS del 13 de mayo de 2008

STS del 23 de julio de 2008

STS del 22 de junio de 2009

STS del 23 de enero de 2012

STS del 21 diciembre de 2012

STS del 5 de noviembre de 2014

STS del 18 de febrero de 2015

STS del 26 de enero de 2017

STS del 1 de marzo de 2018

STS del 14 de marzo de 2018

STS del 17 de febrero de 2020

STS del 15 de marzo de 2021

STS del 21 de junio de 2021

STS del 29 de noviembre de 2021

Sentencias de la Audiencia Nacional:

SAN del 23 de marzo de 2000

SAN del 30 de octubre de 2014

SAN del 22 de febrero de 2018

SAN del 30 de julio de 2018

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ Baleares del 3 de octubre de 2000  
STSJ Castilla y León del 31 octubre 2001  
STSJ Canarias del 24 de abril de 2008  
STSJ Cataluña del 20 de enero de 2011  
STSJ Madrid del 5 de noviembre de 2014  
STSJ Cataluña del 15 de octubre de 2019

Sentencias de las Audiencias Provinciales

SAP Baleares del 7 de septiembre de 1999  
SAP Castellón del 27 de julio de 2001  
SAP Madrid del 4 de febrero de 2008  
SAP Valladolid del 10 de septiembre de 2013  
SAP Baleares del 4 de abril 2014  
SAP Alicante del 21 de noviembre de 2014  
SAP Madrid del 31 de enero de 2018

Sentencias de los Juzgados Mercantiles:

SJM de Madrid, número 6, del 28 de febrero de 2011  
SJM de Palma de Mallorca, número 1, del 27 de enero 2016

RESOLUCIONES E INFORMES ADMINISTRATIVOS CONSULTADOS

Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

Resolución TACRC 137/2011  
Resolución TACRC 107/2012  
Resolución TACRC 131/2012  
Resolución TACRC 556/2013  
Resolución TACRC 215/2013  
Resolución TACRC 556/2013  
Resolución TACRC 479/2014  
Resolución TACRC 337/2016  
Resolución TACRC 876/2016

Resolución TACRC 913/2016  
Resolución TACRC 1758/2021  
Resolución TACRC 148/2022

Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales  
autonómicos:

Resolución 120/2018 del TARC de Andalucía  
Resolución 132/2019 del TACP de Madrid  
Resolución 281/2019 del TACP de Madrid

Informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado:

Informe JCCA 46/1999  
Informe JCCA 29/02  
Informe JCCA 6/10  
Informe JCCA 63/11  
Informe JCCA 11/12  
Informe JCCA 26/12  
Informe JCCA 56/13  
Informe JCCA 22/16  
Informe JCCA 38/16  
Informe JCCA 1/17

Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Pública autonómicas:

Informe JCCA Andalucía 3/2002  
Informe JCCA Baleares 1/2004  
Informe JCCA Cataluña 8/2005  
Informe JCCA Cataluña 13/2009  
Informe JCCA Andalucía 1/2012  
Informe JCCA Canarias 1/2016  
Informe JCCA Andalucía 3/2019

Resoluciones de las autoridades nacionales de la defensa de la competencia:

Resolución TDC del 31 de mayo de 2005  
Resolución TDC del 5 de junio de 2006



Resolución TDC del 20 de septiembre de 2006  
Resolución TDC del 7 de mayo de 2008  
Resolución CNC del 18 de enero de 2010  
Resolución CNC del 28 de julio de 2010  
Resolución CNMC del 23 de julio de 2013  
Resolución CNMC del 30 de junio de 2016  
Resolución CNMC del 29 de septiembre de 2016  
Resolución CNMC del 15 de noviembre de 2016  
Resolución CNMC del 23 de febrero de 2017

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea del 1 de diciembre del 2009.  
Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.  
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.  
Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.  
Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.  
Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa  
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.  
Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.  
Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.  
Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.  
Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.  
Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.  
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.  
Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.