



CENTER FOR
TRANSPORT ECONOMICS
& INFRASTRUCTURE
MANAGEMENT



LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Índice

03	I. Planteamiento
04	II. Marco jurídico de las UTEs
06	III. Guía sobre contratación pública y competencia
07	IV. Sanciones por prácticas contrarias a la competencia en la contratación pública
08	V. Las medidas de autocorrección
10	VI. El criterio de la CNMC
11	VII. Sentido económico de las UTEs
12	VIII. Conclusiones y recomendaciones

I. Planteamiento

Las uniones temporales de empresas, comúnmente conocidas como UTEs, contempladas desde una perspectiva económica, no requieren de una explicación compleja en cuanto a su razón de ser. Por una parte, en el puro ámbito del sector privado, se pueden presentar oportunidades en el mercado que hagan aconsejable la colaboración de más de una empresa para su aprovechamiento o el rápido acceso al mismo. Por otra, las Administraciones Públicas pueden tener necesidades para el cumplimiento de sus fines, de contratar con el sector privado servicios o trabajos que se pueden prestar de forma más adecuada mediante una colaboración o cooperación *ad hoc* de varias empresas. Esta colaboración o cooperación se concretará, a su vez, mediante los pactos o los acuerdos que las empresas estimen pertinentes para la mejor consecución de los objetivos.

Siguiendo con esta línea de razonamiento, estos pactos o acuerdos no tienen por qué afectar a la personalidad jurídica de cada una de las empresas que tomen parte en los mismos, como de hecho sucede con las UTEs. Dentro del ámbito de las concentraciones empresariales o negocios conjuntos, las UTEs son una de las fórmulas conceptualmente más elementales de cooperación entre empresas, que por su propia definición tienen como horizonte temporal la vida del servicio o trabajo para los que se constituyeron.

En relación con las UTEs, se ha venido suscitando la controversia de que, mientras que por una parte la unión de varias empresas puede producir efectos muy positivos desde el punto de vista de la innovación, la calidad de los servicios que se prestan o la reducción de los riesgos

de cumplimiento de los contratos, por citar algunos de ellos; por otro lado, también puede considerarse que limitan la competencia entre algunas de las empresas que formen parte de la asociación. La valoración de qué es más relevante no es una cuestión sencilla de resolver.

El propósito de este documento es precisamente el de poner de manifiesto esta controversia y arrojar alguna luz sobre los conflictos que surgen entre el sentido económico de las UTEs y el régimen de competencia y su aplicación en España en la actualidad.

La conclusión principal que se deduce de la revisión que hemos realizado es que el marco jurídico de las UTEs presenta, en nuestra opinión, un sesgo hacia la prevención, la corrección y la sanción por alterar las normas de libre competencia en el mercado, sin destacar las ventajas que, para la ejecución de los contratos, la seguridad, la solvencia, la innovación, el ahorro de recursos, las mejoras tecnológicas, etc., puede incorporar esta forma de colaboración entre empresas.

Por otro lado, de la revisión de las resoluciones y acuerdos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se desprende que viene aplicando las normas según una posición que exclusivamente tiene en cuenta la existencia de una "necesidad objetiva" de asociación para concurrir a la licitación como único criterio que hace admisible la participación de las UTEs en dichas licitaciones. La revisión de la normativa y la reciente jurisprudencia deben facilitar una interpretación más flexible de la Ley.

II. Marco jurídico de las UTEs

II.1. LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, SOBRE RÉGIMEN FISCAL DE AGRUPACIONES Y UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS

El marco jurídico básico de las UTEs viene dado, en primer lugar, por Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional, donde se regula su régimen mercantil y fiscal. En segundo lugar, por la legislación de contratos del Sector Público y, en tercer lugar, por la legislación en materia de competencia.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley de 1982: "Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de

una obra, servicio o suministro". El citado artículo añade en el apartado 2 que "la UTE no tendrá personalidad jurídica propia". Al tratarse de una norma que tiene un fundamento de naturaleza tributaria, poco más se dice de los aspectos económicos de las UTEs, estableciéndose un conjunto de requisitos y cautelas para que les resulte aplicable un régimen fiscal específico cuyas características concretas hay que encontrarlas en la Ley 27/2014; Ley del Impuesto sobre Sociedades. En definitiva, podemos ver cómo el origen de la regulación de las UTEs es puramente tributario. La preocupación del legislador es definir su tributación.

II.2. LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 69 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), tras declarar la aptitud de las UTEs para contratar con el Sector Público, inmediatamente después, se refiere a las posibles prácticas colusorias que pudieran apreciarse por los órganos de contratación. En efecto, en el apartado 1 señala que podrán contratar con el Sector Público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. Pero, a continuación, en el apartado 2, señala: "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".

Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, las trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica

correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos.

Por su parte, el 150.1 señala que, si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.

El citado artículo 1 de la Ley 15/2007 se refiere expresamente a todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

- El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Es preciso tener presente que la vigente LCSP es fruto de la transposición de las correspondientes directivas comunitarias. Pero no deja de sorprender que tras un mero reconocimiento de la posibilidad de que las empresas concurren agrupadas a una licitación, sin mención alguna a las ventajas que tanto para el contratante, el Sector Público, como para el mejor cumplimiento del contrato, en términos de eficacia y eficiencia, se regule a renglón seguido el procedimiento a seguir en caso de prácticas colusorias.



III. Guía sobre contratación pública y competencia

La antigua Comisión Nacional de la Competencia elaboró una guía sobre contratación pública y competencia que la actual CNMC quiere actualizar, que dedica un capítulo especial a las UTEs y a las Agrupaciones de Interés Económico (AIE). En este apartado señala que este tipo de agrupaciones deben recibir una especial atención y establece una serie de posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo. En concreto recoge los siguientes:

- La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de algunas de las empresas miembros de la AIE o UTE.
- La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación, por ejemplo, una empresa del grupo se presenta de manera individual y otra 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.
- Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- 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. Esta situación ha

sido objeto de investigación y posterior sanción por parte del TDC en diversas ocasiones.

- Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte. 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.

Las recomendaciones que realizan a los diferentes órganos de las Administraciones Públicas ante la existencia de tales indicios son:

- Ponerlo en conocimiento de la CNC o de las autoridades de competencia autonómicas.
- Considerar la conveniencia de suspender la licitación.
- Contribuir a la posterior investigación respetando las siguientes pautas:
 - ▶ Guardar toda la documentación referida a la licitación (ofertas, sobres, registros de comunicaciones, correspondencia, etc.).
 - ▶ Registrar todas las conductas y declaraciones relevantes, con objeto de proporcionar información detallada de todas aquellas circunstancias que parecen confirmar las sospechas.
 - ▶ No discutir ni comentar las sospechas con las empresas.

IV. Sanciones por prácticas contrarias a la competencia en la contratación pública

El régimen sancionador por las infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia, aparecen recogidos en el título V de la Ley, en los artículos 63 y siguientes. La Ley prevé para las infracciones graves multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Para las infracciones muy graves, multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. Además de estas sanciones, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Los infractores del Derecho de la Competencia serán también responsables de los daños y perjuicios causados.

Junto a estas sanciones, en los supuestos en los que las infracciones a la competencia deriven de la constitución de UTEs para contratar con el Sector Público, la LCSP incorpora la prohibición de contratar con la Administración. En efecto, entre las causas de prohibición de contratar con el Sector Público, se encuentra el haber sido sancionado con carácter firme por una infracción grave por prácticas contrarias a la competencia. Lo hace trasponiendo la directiva europea 2014/14/UE que lo prevé con

carácter facultativo, que no obligatorio, como en otros supuestos. Así, el artículo 71 de la LCSP contempla que no podrán contratar con el Sector Público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.

Esta prohibición de contratar, según el artículo 72, se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración. Cuando la resolución administrativa no contenga pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante el procedimiento que prevé la LCSP.

En definitiva, la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia puede pronunciarse sobre el alcance y duración de la prohibición, y si no lo hace, dicha determinación se hará por el ministro de Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública. Duración que no podrá exceder de 3 años.

La CNMC está haciendo un uso determinante de esta medida habiendo activado ya la prohibición de contratar, remitiendo la propuesta a la Junta Consultiva para que el ministro declare la prohibición y delimite su duración y alcance a más de 48 empresas. Se trata, por tanto, de una decisión que se está tomando de forma automática prácticamente para las empresas que hayan participado en un cartel.

V. Las medidas de autocorrección

La propia LCSP incluye en su artículo 72.5 lo que se conoce como medidas de autocorrección o de *self-cleaning*. Así dispone que no procederá, sin embargo, "declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas

técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia".

Parece que la Ley se refiere a que las empresas incursas en este procedimiento puedan implantar un sistema de *compliance* y medidas de organización y control, así como decisiones en materia de personal que permitan apreciar que dichas infracciones a la competencia no van a volver a repetirse¹. Pero como con acierto se ha señalado²:

1. La CNMC acaba de sacar a consulta pública, hasta el 29 de febrero, una guía de programas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia.

2. 2019. Gonzalez, Henar: "La CNMC y la necesaria rehabilitación de las empresas". *Diario CincoDías*, 28 de noviembre de 2019.

“ Las empresas necesitan contar con certeza sobre el procedimiento a seguir y los criterios de evaluación de estos sistemas de autocorrección, así como sobre los elementos que deben reunir los programas de compliance en materia de competencia para que sean apropiados, en los términos recogidos en la LCSP. Urge, por consiguiente, que la CNMC adopte directrices claras que aporten seguridad y estimulen su adopción por las empresas para prevenir futuras infracciones o, en su caso, permitir su rehabilitación en los procesos de licitación pública ”



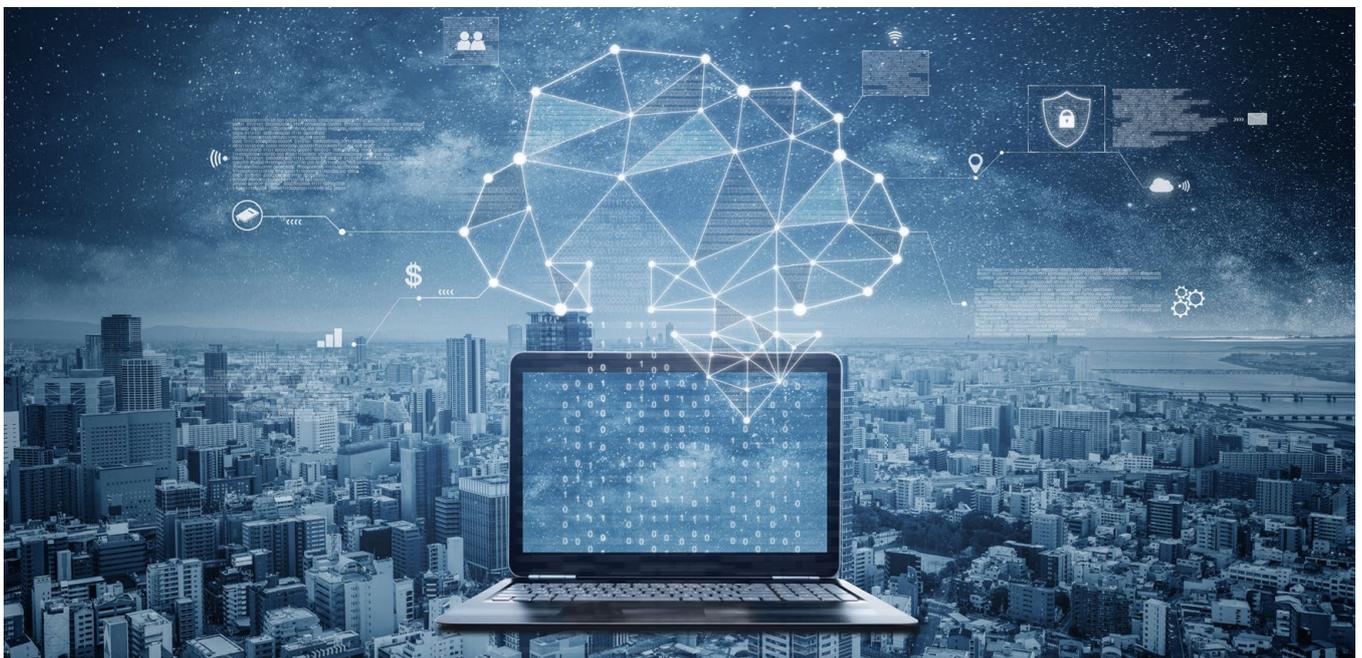
VI. El criterio de la CNMC

El criterio que ha venido sosteniendo la CNMC en relación con las UTEs a lo largo de reiteradas resoluciones es que solamente cabe apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE. Es preciso ver una necesidad objetiva de las empresas de asociarse por la falta de capacidad para participar de manera individual.

El criterio de la CNMC es ciertamente estricto. Si las empresas tienen capacidad para concurrir ellas solas a la licitación del contrato, esto es, cuando

reúnen por sí mismas las condiciones de solvencia exigidas para participar en el procedimiento de adjudicación, la constitución de la UTE se considera anticompetitiva. La CNMC ha llegado incluso a calificar las UTEs entre empresas competidoras que suponen un reparto de mercado como una infracción objetiva de las normas de competencia (incluso con independencia del resultado de la licitación), es decir, aquella infracción que por su propia naturaleza posee el potencial de restringir la competencia, lo que hace innecesario el examen de los efectos reales o potenciales del mismo.

Sin embargo, recientes sentencias de la Audiencia Nacional están apreciando la necesidad de evaluar la razonabilidad de la UTE y sus efectos en el mercado, frente al criterio de la UTE como cooperación objetivamente necesaria.



VII. Sentido económico de las UTEs

Como puede constatarse, tanto el marco normativo, orientado fundamentalmente a la prevención y sanción de eventuales prácticas contrarias a la competencia, como la forma en la que la CNMC viene interpretando el artículo 1 de la Ley 15/2007, dibujan un terreno de juego en el que cada vez será más difícil que las empresas acudan a esta forma de cooperación para concurrir a los contratos públicos. Por el contrario, una buena parte de la literatura económica sobre las colaboraciones de empresas y, en particular, sobre las UTEs, destaca las ventajas que pueden suponer como fórmula organizativa en el mercado.

Así, podemos sistematizar las ventajas y los motivos que hacen oportuna una UTE, de la forma siguiente:

- **Económicos:** El volumen de recursos y garantías que ofrece la unión de dos o más empresas puede facilitar sus condiciones financieras, el volumen de fondos y los términos de la financiación, así como también un mejor acceso a los proveedores y suministradores más idóneos.
- **Técnicos:** Los conocimientos y la experiencia pueden resultar complementarios y permitir alcanzar una mayor eficacia en la actividad concreta de que se trate, así como una reducción en los costes de producción y una mejora en la eficiencia: menores costes y menores plazos de ejecución, dada la especialización aportada por las diferentes empresas en la UTE.
- **Control de riesgos:** Como consecuencia lógica de los dos factores anteriores, cabe esperar una reducción y diversificación de los riesgos económicos y técnicos de la actividad.
- **Fomento de la innovación:** Vinculada a las anteriores, las oportunidades de mitigar riesgos técnicos y productivos al aplicar nuevos desarrollos e innovaciones tecnológicas.
- **Riesgo del contratista:** A su vez, para el Sector Público, hay una mitigación del riesgo, al existir una pluralidad de empresas y no un único contratista.

VIII. Conclusiones y recomendaciones

De todo lo referido hasta aquí cabe establecer las siguientes conclusiones:

- El marco jurídico vigente de las UTEs está orientado fundamentalmente a prevenir y sancionar las prácticas restrictivas de la competencia de este tipo de colaboración entre empresas. Sería oportuna una revisión del mismo que contemplara también las ventajas que las UTEs aportan a la ejecución de los contratos públicos de tal forma que su concurrencia se tomara en consideración por los órganos de contratación como un elemento esencial a la hora de aceptar y fomentar las UTEs en las licitaciones públicas.
- Es necesario que la CNMC, en consonancia con la reciente jurisprudencia, tienda hacia una interpretación más flexible de lo que son prácticas contrarias a la competencia y aplique criterios de razonabilidad, valorando cuando efectivamente se producen efectos restrictivos reales de la competencia en cada supuesto.
- La reforma del marco jurídico permitiría a los órganos de competencia ponderar los efectos positivos de la UTE en términos de eficiencia, innovación, seguridad y solvencia en el cumplimiento de los contratos, mitigación de riesgos para la administración contratante y los contratistas, con los eventuales efectos restrictivos de la competencia.
- Las guías de contratación pública y competencia son instrumentos de gran utilidad para orientar la actuación de las empresas mediante ejemplos y recomendaciones. En este sentido sería oportuno revisar la guía de la antigua Comisión Nacional de Competencia. Asimismo, hay determinados aspectos de la Ley 15/2007 que requerirían un desarrollo reglamentario.
- En materia de régimen sancionador, sería exigible, dado el efecto demoledor que para la viabilidad futura de una empresa tiene esta medida, que cualquier limitación o prohibición de contratar con el Sector Público se encuentre siempre sustentada en un análisis profundo y adecuado de las circunstancias reales en las que operaría, para que no produzca efectos absolutamente contrarios a los pretendidos, que den como resultado una limitación de la competencia.



© de la edición: Editorial Instituto de Empresa S.L.

© de los textos: Julio Gómez-Pomar, Chairman of IE Center for
Transport Economics & Infrastructure Management

