

Competencia

Uniones temporales de empresas y Derecho de la competencia

Análisis de las situaciones en que las uniones temporales de empresas pueden considerarse válidas o ilícitas desde la óptica del Derecho de la competencia, especialmente en el campo de la contratación pública.

RICARDO ALONSO SOTO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Las uniones temporales de empresas (UTE) son un mecanismo de colaboración entre empresas por un tiempo determinado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.

Están reguladas en la Ley 18/1982, sobre régimen fiscal de las agrupaciones y uniones de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional.

Como notas características de esta figura hay que señalar: a) que carecen de personalidad jurídica; b) que son temporales; c) que generalmente están integradas por empresas competidoras, y 4) que se suelen

utilizar para presentarse a concursos o licitaciones públicas, siendo en este ámbito donde se han planteado las principales cuestiones relativas a la aplicación del Derecho de la competencia.

En efecto, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, establece que «[l]as agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, pueden participar en procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores no les exigirán que tengan una forma jurídica específica para presentar una oferta o una solicitud de participación» (art. 19.2). En el mismo sentido,

la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, dispone: «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» (art. 69.1).

2. Desde la óptica del Derecho de la competencia, las uniones temporales de empresas plantean el problema de que los acuerdos de colaboración entre empresas competidoras se consideran una práctica colusoria prohibida por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 1.1 de la Ley española de Defensa de la Competencia (LDC) cuando tienen por objeto o producen el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta y cede frente a razones de eficiencia económica cuando los acuerdos de colaboración cumplen los siguientes requisitos: 1) generar ventajas de tipo económico, como mejorar la producción o distribución de bienes o servicios, o promover el progreso técnico o económico; 2) permitir a los consumidores y usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; 3) no imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y 4) no consentir a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios previstos en los acuerdos (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC).

Las uniones temporales de empresas pueden ser, por tanto, consideradas como una expresión de acuerdos anticompetitivos prohibidos (prácticas colusorias)

o como una figura de colaboración empresarial exenta de la prohibición por reunir los requisitos anteriormente señalados.

Esta circunstancia plantea un problema en el ámbito de la contratación pública, ya que el citado artículo 69 de la Ley de Contratos del Sector Público, en su número 2, establece lo siguiente:

Quando 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 concurran 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, los 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 aquéllos.

Recordemos a este respecto que la citada Ley de Contratos del Sector Público prohíbe contratar con las Administraciones Públicas a las empresas sancionadas por una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia (art. 71.1b).

De ahí la importancia de determinar, como se ha dicho anteriormente, cuándo la constitución de una unión temporal de empresas se considera una práctica anticompetitiva de tipo colusorio prohibida por los artículos 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia o ha de estimarse que está exenta de la prohibición en virtud de los artículos 101.3 o 1.3 de dichos cuerpos legales respectivamente.

3. Para ayudarnos a resolver la citada disyuntiva contamos con los siguientes instrumentos:

- En primer lugar, la *Comunicación de la Comisión Europea «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal»*, de 14 de enero del 2011, que, aunque —como han señalado la doctrina y la jurisprudencia— no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales, pueden ser tomadas en consideración como instrumento útil de interpretación de la materia (sentencias del TJUE de 14 de junio del 2011, as. *Pfleiderer*, y de 29 de septiembre del 2011, as. *Arkema*, y del Tribunal Supremo español de 4 de mayo del 2021).

En dichas directrices se establece, por una parte, que «la comercialización conjunta no es problemática si objetivamente resulta necesaria para que una empresa pueda introducirse en el mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de competidores inferior a los que participan en la cooperación» y,

por otra, que, «cuando un consorcio permite a las empresas implicadas participar en proyectos en los que no podrían participar individualmente, las empresas en cuestión no se consideran competidoras ni reales ni potenciales, por lo que se sustraen a la prohibición de las prácticas colusorias contenida en el artículo 101.1 TFUE» (párrafo 237).

- En segundo lugar, *las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia y la jurisprudencia de los tribunales que las revisan*, a través de las cuales podemos establecer unas pautas o requisitos para determinar cuándo los acuerdos para constituir una unión temporal de empresas pueden suponer la existencia de una práctica restrictiva de la competencia legalmente prohibida o ser merecedores de una exención.

A este respecto, podríamos establecer tres grupos de casos: a) empresas que no compiten directamente; b) empresas que pueden ser competidoras, pero cuya colaboración genera eficiencias; c) empresas que pueden ser competidoras, pero cuya colaboración genera restricciones de competencia.

a) *Empresas que no son competidoras directas*

Se trata, por lo general, de empresas que desarrollan su actividad en mercados diferentes, aunque en algunas circunstancias sus actividades pueden ser complementarias. Estos casos no plantean problemas de competencia

porque las empresas partícipes en la unión temporal de empresas no son competidoras reales ni potenciales.

En este sentido, pueden citarse las Decisiones de la Comisión Europea de 24 de octubre de 1998, as. *Eurotunnel*, y de 27 de julio de 1990, as. *Consortio ECR*, así como también la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de noviembre del 2016, que archiva el expediente incoado a varias empresas por constituir una unión temporal de empresas al considerar que la citada operación no es *per se* anticompetitiva por ser necesaria para concurrir a una licitación que demanda múltiples tecnologías que pueden ser completadas por las empresas que formaron dicha unión para cumplir de este modo los requisitos técnicos de la licitación.

b) *Empresas que pueden ser competidoras, pero cuya colaboración genera eficiencias*

Se trata en este supuesto de empresas que por sí solas no tienen capacidad para concurrir a una licitación o que, aun teniéndola, resulta más eficiente concurrir agrupadas. En estos casos tampoco hay conductas colusorias.

En relación con este supuesto se han planteado los siguientes grupos de casos:

- 1) Cooperación necesaria. Tal sería el caso de empresas que individualmente no reúnen los requisitos exigidos para concurrir a una licitación por falta de capacidad productiva, financiera o de inversión, por lo que la cooperación resulta necesaria y presenta mayores ventajas frente a la actuación individual (Resolución de la CNMC de 15 de noviembre del 2016). Lo mismo sucede en el caso contemplado en la Resolución de la CNC de 28 de julio del 2011, en el que el licitador exigía recursos disponibles a escala local para evitar faltas de suministro y de abastecimiento en las puntas de demanda, exigencia que solamente se podía cumplir mediante una unión temporal de empresas que agrupa varias locales.
- 2) Cooperación inducida. Existen, sin embargo, supuestos especiales en los que, pese a que las empresas que forman la unión temporal tienen capacidad para presentarse individualmente a la licitación, el diseño del concurso invita a la colaboración. Así, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 31 de mayo del 2005 establece que, aunque las empresas partícipes disponían individualmente de recursos

suficientes, el diseño del concurso incentivaba la colaboración en la medida en que sólo por medio de una unión temporal de empresas se podía alcanzar la puntuación máxima y únicamente presentándose de ese modo se podía ganar el concurso. Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo del 2007, que confirma la anterior resolución, estima que, aunque cada empresa podía alcanzar los elementos materiales y humanos exigibles, ello exigiría una gran inversión que no era razonable económicamente porque no habría generado una rentabilidad si no se ganaba el concurso.

- 3) Cooperación eficiente. Pueden agruparse bajo este epígrafe los casos de constitución de uniones temporales de empresas que tienen capacidad para concursar individualmente, pero que optan por unirse para presentar una mejor oferta conjunta cuando hay ofertas alternativas realizadas por empresas diferentes (Resolución del TDC de Cataluña de 21 de enero del 2009) o cuando se ofrecen a través de la unión temporal de empresas descuentos y mejoras relevantes en la oferta para

la licitación (Resolución de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de 2 de noviembre del 2016).

- c) *Empresas que pueden ser competidoras, pero cuya colaboración genera restricciones de competencia*

En este caso, la constitución de la unión temporal por las referidas empresas estaría prohibida. Pueden encuadrarse en este epígrafe los siguientes tipos de casos:

- 1) La constitución de una unión temporal de empresas que agregara toda la oferta disponible, de modo que se eliminaría toda posibilidad de competencia (Resoluciones del TDC de 25 de octubre del 2000, de 5 de junio del 2006 y de 20 de septiembre del 2006, y de la CNC de 23 de julio del 2013).
- 2) La utilización de la figura de la unión temporal de empresas para proceder a un reparto de mercado entre los partícipes (Resolución de la CNC de 18 de enero del 2010, en la que hay un reparto de clientes), para controlar el mercado (Resoluciones de la CNMC de 8 de enero del 2015 y de 15 de enero del 2015), y para presentar ofertas

previamente amañadas (Resolución de la CNMC de 30 de junio del 2016).

- 3) El establecimiento de pactos entre una unión temporal de empresas con otras empresas ajenas a ella para que no concurren individualmente a cambio de subcontratarlas para la prestación de los servicios objeto de la licitación (Resolución de la CNMC de 29 de septiembre del 2016).

4. A la vista de lo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

En primer lugar, que la constitución de una unión temporal de empresas no plantea problemas de competencia y es lícita desde el punto de vista de las normas de competencia en los siguientes supuestos:

- Cuando las empresas carecen individualmente de capacidad para concurrir a una licitación.
- Cuando la oferta realizada por la unión temporal de empresas beneficia al licitador sin que existan indicios sobre la posibilidad de que el concurso haya sido previamente amañado para que aquélla resulte ganadora.
- Cuando junto a la unión temporal de empresas hay otras empresas concurrentes significativas desde el punto de vista de la competencia.
- Cuando responden a una iniciativa expresa del licitador.

En segundo lugar, que la constitución de una unión temporal de empresas presenta indicios de un acuerdo que tiene por objeto eliminar o restringir la competencia (práctica colusoria prohibida legalmente) en los siguientes supuestos:

- Cuando la unión temporal de empresas no sea necesaria porque cada una de las empresas partícipes hubiera podido participar de forma individual o en grupos de menor dimensión.
- Cuando en la unión temporal de empresas participan todas las empresas presentes en el mercado o un número significativo de ellas.
- Cuando se constata un empleo sistemático de las mismas uniones temporales de empresas en todas las licitaciones sin rupturas en el tiempo.
- Cuando existe posibilidad de concurrir con ofertas menos restrictivas de la competencia que la formación de la unión temporal de empresas.
- Cuando pueda presumirse que tras la unión temporal de empresas hay una intención de monopolizar las licitaciones o de controlar o repartirse el mercado.
- Cuando existe subcontratación en favor de una empresa a cambio de que no participe en la licitación.

Finalmente, hay que señalar que todos los elementos especificados son de tipo indiciario, es decir, que pueden servir para hacer un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos que nos llevará a concluir, en cada caso, si nos encontramos

en presencia de una conducta prohibida o exenta de la prohibición. Por lo tanto, en todos estos casos incumbe a la autoridad de competencia demostrar si la colaboración entre competidores naturales no resulta indispensable, ya que las empresas partícipes en la unión temporal de empresas disponen de capacidad y solvencia suficiente para licitar individualmente, o si resulta justificada por las circunstancias de la licitación o del mercado.

En este sentido es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de mayo del 2021, que desestima el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Catalana de la Competencia contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de octubre del 2019, que había anulado una resolución de la citada autoridad de competencia que había concluido que no se justificaba el acuerdo anticompetitivo basándose en los siguientes hechos indiciarios: a) que las empresas que constituyeron la unión temporal de empresas, dada su dimensión y posibilidad de cumplimiento individual de los requisitos, podían haberse presentado por

separado; b) que en el concurso anterior, similar a éste, concurrieron por separado; c) que la unión temporal de empresas no era necesaria para cubrir la exigencia de disponer un local en cada uno de los ámbitos territoriales, ni por la conveniencia de mejorar la oferta ni por la búsqueda de sinergias ni por el objetivo de aumentar el número de lotes a los que se concursaba. La sentencia del Tribunal Supremo, por el contrario, considera que los hechos referidos son meramente indiciarios, sin que exista una motivación adicional que explique la relación de imputabilidad, ya que los indicios no son suficientemente concluyentes para acreditar una práctica anticompetitiva punible que podía resultar justificada por las circunstancias del mercado.

En definitiva, no basta con constatar la existencia de hechos indiciarios de una posible práctica colusoria para que ésta sea considerada anticompetitiva y sancionable, sino que se precisa, además, que no exista una justificación racional para la constitución de la unión temporal de empresas o, lo que es lo mismo, que la presunción del ilícito no resulte desvirtuada por las circunstancias del mercado.